ب .

نموذج ترخيص

أنا الطالب : فهد حمود حليوي الشرب أمنح الجامعة الأردنية و/ أو من تفوضه ترخيصاً غير حصري دون مقابل بنشر و / أو استعمال و / أو استغلال و / أو ترجمة و / أو تصوير و / أو إعادة إنتاج بأي طريقة كانت سواء ورقية و / أو إلكترونية أو غير ذلك رسالة الماجستير / الدكتوراه المقدمة من قبلي وعنوانها.

أثر العيب الطارئ على عقد الإجارة

(دراسة تطبيقية مقارنة بين الشريعة والقانون الكويتي)

وذلك لغايات البحث العلمي و / أو التبادل مع المؤسسات التعليمية والجامعات و / أو لأي غاية أخرى تراها الجامعة الأردنية مناسبة، وأمنح الجامعة الحق بالترخيص للغير بجميع أو بعض ما رخصته لها.

اسم الطالب: فهد الشرب

التوقيع:

التاريخ: ٥/٦/٢٠١٧

أثر العيب الطارئ على عقد الإجارة

(دراسة تطبيقية مقارنة بين الشريعة والقانون الكويتي)

إعداد

فهد حمود جلوي

المشرف

الدكتور مجدي علي غيث

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في

الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية



تموز، 2017م

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة: (أثر العيب الطارئ على عقد الاجارة دراسة تطبيقية مقارنة بين الشريعة و القانون الكويتي) وأجيزت بتاريخ ٣١ / ٧ / ٢٠١٧م .

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
الدكتور: مجدي علي غيث. مشرفاً ورئيساً أستاذ مشارك – الإقتصاد الإسلامي	....
الدكتور : رائد نصري أبو مؤنس. عضواً أستاذ مشارك – الفقه وأصوله	....
الدكتور: نبيل محمد كريم المغايرة. عضواً أستاذ مشارك – الفقه و أصوله	....
الدكتور: محمد محمود طلافحة. عضواً خارجياً أستاذ دكتور – الفقه و أصوله	....

الإهداء

إلى روح والدي وأخي رحمهما الله ...

وإلى والدتي الغالية ...

وإلى إخواني وأخواتي ...

وإلى زوجتي وأبنائي الأعزاء ...

وإلى أساتذتي الكرام ...

وإلى زملائي وطلاب العلم كافة ...

أهدي هذا العمل المتواضع ...

الشكر والتقدير

الشكر كل الشكر لله تبارك وتعالى الذي يسر لي طريق العلم، وأن قدر لي الدراسة في الجامعة الأردنية، وأن يسر لي التخصص في برنامج الفقه وأصوله، فله الحمد أولاً وآخراً.

وأود أن أتقدم في هذا المقام بالشكر والعرفان للأستاذ الفاضل الدكتور مجدي علي غيث، على تكرمه بالموافقة على الإشراف على هذه الرسالة، حيث بذل من وقته وجهده الكثير، ولم يبخل علي بالنصح، وشجعني على تخطي جميع المصاعب فله جزيل الشكر والامتنان.

كما أتقدم بالشكر والامتنان إلى أعضاء لجنة المناقشة لتكرمهم بالموافقة على مناقشة هذه الرسالة، ولما بذلوه من جهد في التقويم والنقد البناء.

كما أتقدم بالشكر لكل من ساعدني وأرشدني ونصحني أثناء إعداد هذا البحث سائلاً الله تبارك وتعالى أن يبارك في هذا العمل وينفع به.

والحمد لله رب العالمين الباحث

قائمة المحتويات

أثر العيب الطارئ على عقد الاجارة

(دراسة تطبيقية مقارنة بين الشريعة والقانون الكويتي)

إعداد

فهد حمود جلوي

المشرف

الدكتور مجدي علي غيث

الملخص

تناولت هذه الدراسة موضوع "أثر العيب الطارئ على عقد الإجارة دراسة تطبيقية مقارنة بين الشريعة والقانون الكويتي " ودراسة هذا الأثر من الأهمية بمكان ، إذ أنها تبين الفرق بين أثر العيب الطارئ على عقد الإجارة وبين غيره من المصطلحات، كالعذر والجائحة ونظرية الظروف الطارئة، وتطبيقات هذا الأثر على أنواع الإجارة التشغيلية والتمويلية وإجارة الأعمال ومقارنة ذلك بما جاء في مواد القانون الكويتي .

وتبين للباحث أن العيب الطارئ يختلف عن بعض المصطلحات التي قد تشترك معه في الأثر، وأن العيب الطارئ مما أتفق عليه بين المذاهب الفقهية والقانون الكويتي، بخلاف العذر الطارئ والجائحة ، وأن العيب الطارئ له أثر على عقد الإجارة، سواءا كانت تشغيلية أو تمويلية أو إجارة أعمال.

وتبين للباحث أيضا أن التزامات كل من المؤجر والمستأجر لها دخل في تحديد أثر العيب الطارئ سواء كان بالفسخ أو تخفيف الإلتزام، وأنه لا ضمان على المستأجر إذا استعمل العين المؤجرة حسب الشرط والعرف، وأن أثر العيب الطارئ في إجارة الموصوف بالذمة هو البدل ،وأن الأجير لا يضمن إلا بالتعدي والتقصير، وأن العرف له دور كبير في تحديد العيوب ،ولم يغفل الباحث في كل تلك المسائل عن بيان موقف القانون الكويتي ومدى موافقته للشريعة الإسلامية، وتبين للباحث بأن القانون الكويتي خالف الشرع في جواز إشتراط الصيانة والضمان على المستأجر ، في حين أن الفقهاء متفقون على عدم جواز ذلك.

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله أمّا بعد؛

فإنّ الشريعة الإسلامية شاملة لجميع نواحي الحياة، تنظم علاقة العبد بربه، وعلاقته بنفسه، وعلاقته بالناس، وتواكب العصر بمستجداته، فهي صالحة لكل زمان ومكان، ميزانها العدل والمساواة، وسبيلها إعطاء كل ذي حق حقه؛ ليتحقق صلاح العباد والبلاد، والنجاة في الدنيا والآخرة، ومن ذلك تنظيمها لمعاملات الناس فيما بينهم، فلا يحق تملك مال الغير إلا بالطرق المشروعة، والتي جعل لها الشارع ثوابت وأصولاً وقواعد، يستنبط منها الفقيه الأحكام الشرعية فيما استجدّ من تلك المعاملات، ومن تلك الثوابت أن العقود اللازمة، كالبيع والإجارة،يجب الوفاء بها،فقد قال الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾[المائدة، 1] وتنتقل بها ملكية البدلين بين العاقدين، فبالإيجاب والقبول ينعقد العقد وتترتب عليه آثاره، ومن هذه الثوابت أيضًا، أن العيب في المعقود عليه له أثر على قوة الالتزام، إما بفسخه أو تخفيفه، ولا شك أن في ذلك تحقيقًا للعدالة بين المتعاقدين، وهو ما أيده العقل والقانون.

سبب اختياري لهذا الموضوع:

1. إنّ أثر العيب الطارئ على عقد الإجارة موضوع متناثر في كتب الفقه، يحتاج إلى الجمع بين أطرافه في مؤلف متخصص.
2. عقد الإجارة من العقود المسماة في الفقه الإسلامي، والتي لها أهمية كبيرة في عصرنا هذا، حيث كثر التعامل بها، وقامت على أساسها شركات تمويلية وبنوك سواء أكانت إسلامية أو تقليدية.
3. حاجة دولة الكويت إلى مثل هذه الدراسات في سبيل استكمال تطبيق الشريعة الإسلامية، فحسب علم الباحث المتواضع فإنه لم يتم التطرق إلى هذا الموضوع بصفة كونه بحثاً مقارنًا بين الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، وهي تساعد أعضاء مجلس الأمة في سنّ القوانين التي تتفق مع الشريعة الإسلامية، خاصة فيما إتفق عليه الفقهاء من أحكام.

4. إنّ لهذه الدراسة أهمية للمكتبة العربية والإسلامية، فربما أضافت هذه الدراسة للمكتبة العربية والإسلامية رافدًا جديدًا، يهتم بدراسة أثر العيب الطارئ على عقد الإجارة، وحسب رأي الباحث فإنها من الدراسات القليلة التي اهتمت بهذا الموضوع.

مشكلة البحث:

تتلخص مشكلة البحث في محاولة التمييز بين العيب الطارئ وغيره ممّا يشترك معه في الأثر، ومدى تأثير العيب الطارئ على عقد الإجارة بأنواعه، سواء على مستوى مؤسسات الإستثمار، أو على مستوي التشريع القانونيّ في دولة الكويت أو على مستوى الأفراد ،من خلال الجواب عن الأسئلة الآتية:

1. ما هو مفهوم العيب الطارئ وكيفية إثباته؟
2. ما هو الفرق بين العيب الطارئ وغيره من المصطلحات التي قد تشترك معه في الأثر؟
3. ما هو أثر العيب الطارئ على أنواع الإجارة سواء أكانت الإجارة التشغيلية، أو التمويلية، أو إجارة الأعمال؟ وما مدى موافقة القانون الكويتي- في هذا الشأن- للشريعة الإسلامية؟
4. ما هو تأثير صيانة العين المستأجرة على ضمان العيب الطارئ فيها؟

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة بالدرجة الأولى إلى الإجابة عن مشكلة الدراسة، وعن عناصر هذه المشكلة، ويمكن تلخيص ذلك بالنقاط الآتية:

1. التعرف على العيب الطارئ، والتفريق بينه وبين بعض المصطلحات التي قد تشترك معه بالأثر.
2. التعرف على أثر العيب الطارئ على أنواع الإجارة والتزامات المؤجر والمستأجر فيها.
3. التعرف على مدى موافقة أو مخالفة القانون الكويتي لما ورد في الشريعة الإسلامية في موضوع (أثر العيب الطارئ على عقد الإجارة).

منهجية البحث:

تقتضي طبيعة الدراسة استخدام المنهج التطبيقي، بالإضافة للمنهج الوصفي مع استخدام المنهج الاستنباطي،أما عن كونه تطبيقيا وذلك من خلال تطبيق أثر العيب الطارئ على أنواع

الإجارة المعاصرة وإيراد بعض الأحكام القضائية في القانون الكويتي ،وعن كونه منهجا وصفيا وذلك من خلال إيراد الآراء الفقهية المختلفة في مسائل الدراسة ،أما عن كونه بحثا استنباطي وذلك لاستخراج الأحكام الفقهية اللازمة للدراسة.

محددات البحث:

إن هذه الدراسة تقتصر على موضوع أثر العيب الطارئ على عقد الإجارة مما يستبعد جميع العقود التي لا تدخل ضمن إطار هذا الدراسة، كما أنها تقتصر على أثر العيب الطارئ دون العيب القديم ,لأن العيب الطارئ قد يشترك مع غيره في الأثر مما يوجب التفريق بينه وبين غيره من المصطلحات كالعذر الطارئ.

كما أن هذه الدراسة تهتم في دراسة أثر العيب الطارئ في التقسيم المعاصر لأنواع الإجارة ومقارنته مع القانون الكويتي دون غيره من القوانين وذلك لبيان موقف الفقه الإسلامي منه في ظل رغبة دولة الكويت لإستكمال تطبيق الشريعة الإسلامية.

الدراسات السابقة:

1. (دراسة : طارق يوسف عزام - 1995م): **"أثر العيب في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الأردنيّ"**رسالة ماجستير مقدمة للجامعة الأردنية بإشراف الدكتور ياسين أحمد درادكه.

وهي دراسة فقهية على المذاهب الأربعة، تبحث في أثر العيب في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، وقد جاءت هذه الدراسة في فصلين، بحثت في الفصل الأول منهما أحكام خيار العيب وشرائط الرد وكيفيته، وطرق إثبات العيب، ثم بينت موانع الرد بالعيب، أما الفصل الثاني فبحثت فيه أحكام ضمان العيب، فعرّفت الضمان ومشروعيته، وأسبابه، وحالاته، وشروط العيب، ثم بينت شروط ثبوت العيب، ثم تقدير ضمان العيب.

وتختلف هذه الدراسة عن دراستي في أنها تكلمت عن أثر العيب سواء كان طارئاً أو قديماً ولم يتم تطبيق هذا الأثر على أنواع الإجارات التشغيلية والتمويلية وإجارة الأعمال ثم إنها مقارنة مع القانون الأردني أما دراستي فهي مقارنة مع القانون الكويتي.

2. (دراسة :عبدالله محمد الطيار - 1998م): **"خيار المجلس والعيب في الفقه الإسلامي"،** رسالة ماجستير مقدمة إلى المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود ،باشراف الدكتور مناع خليل القطان

حيث قسم الدراسة إلى بابين: الباب الأول ويشتمل على سبعة فصول عن خيار المجلس تعريفه، وأحكامه وآثاره.

وفي الباب الثاني تكلم عن خيار العيب، وقسم الباب إلى تسعة فصول: الفصل الأول وتناول فيه تعريف خيار العيب، ومشروعيته، وشروطه، وفي الفصل الثاني تكلم عن أحكام ثبوت خيار العيب، وفي الفصل الثالث تناول العيب طريقه، وتحديده،وحكم العقد معه، وفي الفصل الرابع بيّن كيفية الرد بالعيب، وفي الفصل الخامس تناول أحكام البراءة من العيوب، وفي الفصل السادس ذكر أحكام العيوب، وفي الفصل السابع بين أحكام الأرش، والاختلاف في المبيع، وفي الفصل الثامن تناول الانتفاع بالمبيع، ووضع الجوائح، وفي الفصل التاسع عرض للأحكام المتعلقة بالمبيع إذا كان عبدًا أو أمةً، ومسقطات خيار العيب، وأمثلته.

وتختلف هذه الدراسة عن دراستي في أنّ الباحث إنما تكلم عن أحكام العيب القديم، دون التطرق إلى أحكام العيب الطارئ، إلا في مبحث واحد، اقتصر فيه على أحكام العيب الطارئ في البيع دون الإجارة.

3. (دراسة :محمد عبدالله الرشيدي، 2009م) **"عقد الإجارة المنتهية بالتمليك دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية "** رسالة ماجستير مقدمه لجامعة الشرق الأوسط ، كلية الحقوق، بإشراف الدكتور مهند أبو مغلي

وقد قسم الباحث الدراسة إلى أربع فصول، أما الفصل الأول فكان عن عقد الإجارة المنتهية بالتمليك حيث بين فيه الخلفية النظرية للموضوع، أما الفصل الثاني فكان عن التأجير التمويلي تعريفه، وأهميته، وخصائصه، والملامح القانونية الخاصة بعقد الإجارة التمويلي، أما الفصل الثالث فبين فيه الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلي، وأما الفصل الرابع فكان في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك في الشريعة الإسلامية.

وتختلف هذه الدراسة عن دراستي في أنها إهتمت ببيان الأحكام المتعلقة بالإجارة المنتهية بالتمليك ولم يتم دراسة إلى باقي أنواع الإجارة كالتشغيلية وإجارة الإعمال وكذلك لم يتم دراسة الإجارة المنتهية بالتمليك من جهة القانون الكويتي .

4. (دراسة :نزار أحمد عويضات، 2003م) " أثر العذر والجائحة في عقدي البيع والإجارة وما يقابلهما في القانون الأردني" رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النجاح الوطنية، فلسطين إشراف الدكتور عبدالمنعم أبو قاهوق .

وقد قسم الدراسة إلى أربع فصول، أما الفصل الأول فكان لبيان مفهوم نظرية الظروف الطارئة ،وأما الفصل الثاني فتكلم فيه عن مفهوم العذر والجائحة وأدلة اعتبارهما، وأما الفصل الثالث فبين فيه أثر العذر والجائحة في عقد البيع ، وأما الفصل الرابع فبين فيه أثر العذر والجائحة في عقد الإجارة ، ثم بين الخاتمة وأهم التوصيات.

وتختلف هذه الدراسة عن دراستي في أنها تكلمت عن العذر والجائحة وبيان مفهومهما وأحكامهما وآثارهما ،دون التفريق بينها وبين العيب الطارئ، ثم أنها قارنت بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، وموضوع دراستي مقارنة مع القانون الكويتي.

5- (دراسة : قذافي عزات الغنانيم، 2008) ،" العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي "،رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الشريعة، الجامعة الأردنية ،بإشراف الدكتور عبد الله ابراهيم الكيلاني .

وقد قسم الدراسة إلي ثلاثة فصول، الفصل الأول في العذر الطارئ ،حقيقته، وأنواعه ومجالاته، وأسسه، وشروطه، وضوابطه، وفي الفصل الثاني تطبيقات العذر الطارئ في عقود المعاوضات ،وفي الفصل الثالث تكلم عن مقارنة العذر الطارئ مع نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي،

وتختلف هذه الدراسة عن دراستي في أنها تكلمت عن عقود المعاوضات بشكل عام ولم يتم التطرق إلي التفريق بينه وبين العيب الطارئ، ثم إن دراستي مقارنة مع القانون الكويتي.

6- (دراسة: آدم نوح القضاة وموسى مصطفى القضاة، 2016م) ،" واجبات المستأجر والمؤجر وحقوقهما في التأجير التمويلي" بحث مقدم الى جامعة اليرموك وجامعة العلوم الإسلامية، الأردن،

ولقد هدف البحث إلى بيان واجبات المستأجر والمؤجر، وحقوقهما الناشئة،بموجب التأجير التمويلي، وذلك كما أثبتها أحكام الفقه الإسلامي، وقواعد قانون التأجير التمويلي الأردني، مع إجراء مقارنة تفصيلية بينهما، تظهر أهم مواطن الإتفاق والإختلاف، وفق ما يقتضيه منهج البحث الوصفي المقارن، وقد توصلت الدراسة إلى أن آثار التأجير التمويلي في الفقه الإسلامي لا تنشأ بموجب عقد الإجارة فقط، بل بموجب جملة من العقود والإلتزامات التي تنظم كل مرحلة من مراحلها، أما في القانون الأردني فإن جميع آثار هذه المعاملة تنشأ بموجب عقد التأجير التمويلي باستثناء ملكية المؤجر للمأجور، فإنها تنشا بموجب عقد التوريد.

وتختلف هذه الدراسة عن دراستي في أنها لم تتناول موضوع العيب الطارئ والفرق بينه وبين العذر والجائحة ولم تتناول موضوع الإجارة التشغيلية وإجارة الأعمال.

وقد اقتضت خطت البحث أن تكون على النحو التالي:

المقدمة

الفصل الأول:- مفهوم عقد الإجارة والعيب الطارئ.

المبحث الأول:ـ عقد الإجارة (التعريف، والمشروعية، والأركان، والأنواع).

المبحث الثاني:ـ العيب الطارئ،(مفهومه، ومشروعيته، وشروطه، وأنواعه والمصطلحات ذات العلاقة به).

الفصل الثاني:ـ أثر العيب الطارئ في الإجارة التشغيلية.

المبحث الأول:ـ تعريف الإجارة التشغيلية وخصائصها وأسباب ضمانها.

المبحث الثاني:ـ أثر العيب الطارئ الناشئ عن إخلال المؤجربالتزاماته.

المبحث الثالث:ـ أثر العيب الطارئ الناشئ عن إخلال المستأجر بالتزاماته.

المبحث الرابع:ـ أثر العيب الطارئ في إجارة الموصوف في الذمة في الإجارة التشغيلية.

الفصل الثالث:ـ أثر العيب الطارئ في الإجارة التمويلية.

المبحث الأول:ـ الإجارة التمويلية(التعريف، والخصائص، والأنواع، والفرق بينها وبين الإجارة التشغيلية).

المبحث الثاني:ـ مشروعية الإجارة التمويلية,

المبحث الثالث:ـ أثر العيب الطارئ على الالتزامات في الإجارة التمويلية.

الفصل الرابع:ـ أثر العيب الطارئ على إجارة الأعمال.

المبحث الأول:ـ الإجارة على عمل (التعريف، والمشروعية، والأحكام).

المبحث الثاني:ـ أثر العيب الطارئ على إجارة الأعمال.

الخاتمة والتوصيات.

الملخص باللغة الإنجليزية.

الفصل الأول

مفهوم عقد الإجارة والعيب الطارئ

وفيه مبحثان:

المبحث الأول:ـ عقد الإجارة (التعريف، والمشروعية، والأركان، والأنواع)

المطلب الأول:ـ تعريف عقد الإجارة لغةً واصطلاحًا وقانونًا.

المطلب الثاني :ـ مشروعية عقد الإجارة.

المطلب الثالث:ـ أركان عقد الإجارة.

المطلب الرابع:ـ أنواع الإجارة وكيفية إثباته

المبحث الثاني:ـ العيب الطارئ،(مفهومه، ومشروعيته، وشروطه، وأنواعه والمصطلحات ذات العلاقة به).

المطلب الأول:ـ تعريف العيب الطارئ.

المطلب الثاني :ـ مشروعية خيار العيب الطارئ في الإجارة وشروطه.

المطلب الثالث:ـ أنواع العيب الطارئ في الإجارة وطرق إثباته.

المطلب الرابع:ـ المصطلحات ذات العلاقة

الفصل الأول

مفهوم عقد الإجارة والعيب الطارئ

تقتضي دراسة أثر العيب الطارئ على عقد الإجارة بيانَ مفهوم هذا العقد، ومفهوم العيب الطارئ الذي قد يشترك في الأثر مع بعض ما يعترض له العقد من الحوادث، والتي قد تؤدي إلى فسخ العقد أو التخفيف من الالتزام بين المتعاقدين؛ لذا سيتناول الباحث في هذا الفصل، مفهوم عقد الإجارة، ومشروعيته، وأركانه، وأنواعه، ومفهوم العيب الطارئ، ومشروعية اعتباره،وشروطه، وأنواعه، والمصطلحات ذات العلاقة.

المبحث الأول

عقد الإجارة (التعريف، والمشروعية، والأركان، والأنواع)

عقد الإجارة من العقود المسماة التي بيّن الشارع الحكيم أحكامها، إما بالنص، أو بالقواعد والأصول التي يستنبط منها الفقيه الأحكام الشرعية، وهو من العقود المهمة في حياتنا العملية، حيث لا يكاد مجتمع إنسانيّ أن يستغنيَ عن عقود الإجارة؛ لذا سيتناول الباحث في هذا المطلب تعريف عقد الإجارة، ومدى موافقته للشريعة الإسلامية، وأركانه، وشروطه، وتحديد موقف القانون الكويتيّ من ذلك.

المطلب الأول

تعريف عقد الإجارة لغةً واصطلاحًا وقانونًا

عرف الفقهاء عقد الإجارة بتعاريفَ متعددةٍ، وهي من المصطلحات المركبة، التي تستلزم بيان كل مصطلح منها منفردًا في الفقه والقانون.

الفرع الأول

تعريف العقد لغةً واصطلاحًا وقانونًا

أولا:- تعريف العقد لغةً:

كلمة العقد عند العرب تدل على، الربط، والشدِّ، وإحكام الشيء، وتقويته، سواء كان حسيًا أو معنويًا[1]، قال ابن منظور: "العقد نقيض الحلّ،عقده يعقده عَقدًا وتَعقادًا،وعقدت الحبل والبيع

---

(1) عبد المنعم، محمود عبد الرحمن، **معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية**، د.ط، م.3، دار الفضيلة، د. ت، ج2، ص517.

والعهد فانعقد، والعقد العهد، والجمع عقود"[1]، وجاء في القاموس المحيط: "عقدُ الحبلِ والبيع والعهد يعقده شدّه"، والعقد الضمان والعهد[2].

إذًا الأصل في العقد نقيض الحل، ثم استعمل في أنواع العقود مثل البيع والإجارة وغيرها،ثم استعمل في التصميم والاعتقاد الجازم[3].

ثانيا:- العقد اصطلاحًا:

يأتي العقد في الاصطلاح على معنيين:[4]

معنًى عامٍ، وهو كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة، أم احتاج إلى إرادتين، فهو بهذا المعنى يتناول الالتزام مطلقا.[5].

ومعنًى خاصٍ، وهو المتبادر إلى الذهن عند إطلاق لفظ العقد، وهو ما عبر عنه الفقهاء بارتباط إيجاب من طرف وقَبول من طرف آخر؛كالبيع والإجارة والنكاح وغيرها، وجاء في المادة (104) من مجلة الأحكام العدلية: "الانعقاد: تعلق كل من الإيجاب والقَبول بالآخر على وجهٍ مشروعٍ، يظهر أثره في متعلقهما"[6]، ويقصد بقولهم: على وجه مشروع إخراج كل ما هو غير مشروع كالاتفاق على قتل شخص ما[7].

إذًا فالعقد في الاصطلاح لا يبتعد عن المعنى اللغوي، فكأن العاقدين أحكما عقدهما وشدا ميثاقه بإيجاب وقَبول، بحيث صار شريعة لهما، لا يجوز الرجوع عنها[8].

---

(1) ابن منظور، محمد بن أحمد بن علي، (ت: 711هـ)، **لسان العرب**، ط.3، 15.م، دار صادق، بيروت، لبنان، 1994م، ج3، ص296، فصل العين المهملة مادة (عقد).

(2) الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، (ت:817هـ)، **القاموس المحيط**، ط.8، م.1، (تحقيق مكتب تحقيق التراث بمؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي)، مؤسسة الرسالة، 2005م، ص300، باب الدال فصل العين، مادة (عقد).

(3) الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، (ت:1202هـ)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، د.ط، 40م، (تحقيق: مجموعة من المحققين)، دار الهداية، د.ت،ج8، ص394.

(4) الزحيلي، وهبة مصطفى، (ت:2015م)، **الفقه الإسلامي وأدلته**، د.2، 10.م، دار الفكر، دمشق، 1985م، ج4، ص80.

(5) الجصاص، أحمد بن علي، (ت:370هـ)، **أحكام القران**، د.ط، 5.م، (تحقيق محمد صادق)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992م، ج3، ص285، وراجع: ابن العربي، محمد بن عبد الله، (543هـ)، **أحكام القران**، ط.3، 4.م، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت، ج2، ص8.

(6) حيدر، علي حيدر خواجه، (ت:1353هـ)، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، ط. خاصة، 4.م، (تعريب المحامي فهمي الحسيني)، دار عالم الكتب، الرياض، 2003م، ج1، ص105.

(7) الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج4، ص80.

(8) أبو زهرة، محمد أحمد، (ت:1974م)، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، د.ط، م.1، دار الفكر العربي، 1976م، ص199.

ثالثا:ـ العقد قانونًا:

يتفق القانون الكويتي في تعريف العقد مع ما ورد في الشريعة الإسلامية ـ وفقا للمعنى الخاص ـ إلى حد ما، إلا في اعتبار شرعية التعاقد، فقد جاء في تعريفه في المادة (31): "هو ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون"[1]، وجاء في المادة (32) من القانون نفسه: " ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، إذا ورد على محل واستند إلى سبب معتبرا قانونا"[2].

من خلال التعاريف السابقة تبين للباحث إغفال شرعية العقد في تعريف القانون الكويتي، فقد صحح القانون الكويتي بعض العقود التي تخالف الشرع، كجواز اشتراط أن تكون صيانة العين المستأجرة على المستأجر، قال اليعقوب: "وتجدر الإشارة إلى أن مسألة التحمل بالإصلاحات الضرورية أو التأجيرية ليست متعلقة بالنظام العام، فيجوز أن يتفق المؤجر والمستأجر على أحكام مخالفة لما نصّ عليه القانون، فيجوز أن يتفقا على أن يتحمل المستأجر الترميمات الضرورية"[3]، في حين أن الفقهاء متفقون على عدم جواز اشتراط الصيانة على المستأجر[4].

الفرع الثاني

تعريف الإجارة لغة واصطلاحًا وقانونًا

عرّف الفقهاء الإجارة بتعاريفَ مختلفة، وسيتناول الباحث آراء بعض الفقهاء في المذاهب الأربعة مع الترجيح بينها، ومدى موافقة القانون لذلك.

---

(1) الفتوى التشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، **(القانون المدني)**، ط.10، م.1، يناير2015م، ج4، ص27.
(2) المصدر نفسه، ص27.
(3) اليعقوب، بدر جاسم، **عقد الإيجار وفقا للقانون المدني**، ط1، م.1، مطابع دار القبس، الكويت، 1981م، ص94.
(4) راجع ص44.

أولا:- الإجارة لغة:

الإجارة في اللغة تأتي بمعنى الكراء على عمل والجزاء عليه وتأتي بمعنى الثواب [1]، ونجد في عبارات أهل اللغة أنها قد توافقت على أن الكراء يشكل معنى مشتركًا فيما بينهم، قال ابن منظور" الكروة والكراء: أجر المستأجر"[2].

ثانيا:- الإجارة اصطلاحًا:

عُرّفت الإجارة في الفقه الإسلامي بتعريفات مختلفة بحسب المذاهب الفقهية، فقدعرًفها الزيلعي بأنها: "بيع منفعة معلومة بأجر معلوم"[3]، ويلاحظ عليه أنه أدخل شرط العلم بالمنفعة في التعريف، وعرفها الدسوقي من المالكية بأنها: " تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض"[4]، وعند الشافعية فقد عرّفها النووي بأنها: "تمليك المنفعة بعوض"[5]، وأما عند الحنابلة فعرّفها البهوتي بأنها: "عقد على منفعة مباحة معلومة، يؤخذ شيئا فشيئا"[6].

من خلال التعاريف السابقة يجد الباحث اتفاق الفقهاء على مفهوم الإجارة، وإنما جاءت تعاريفهم مختلفة لأن بعضهم أضاف للتعريف ما ليس منه، كالشروط مثلا، فإنه من شروط المنفعة أن تكون مباحة.

التعريف المختار:

ويجد الباحث مما سبق أن تعريف النووي هو الأقرب إلى تعريف الإجارة؛ لأن التعاريف الأخرى أضافت إليه ما يجعله غير جامع ولا مانع، إلا أن تعريف النووي قد يدخل عقد النكاح فيه، ولو

---

(1) ابن فارس، أحمد بن فارس، (ت:329)، **معجم مقاييس اللغة**، ط.2، 6.م، (تحقيق عبد السلام هارون)، دار الفكر، بيروت، 1979م، ج1، ص62، باب الهمزة والجيم وما يثلثهما، مادة (أجر)، وراجع: الجوهري، إسماعيل بن حماد، (ت:393هـ)، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، ط.4، 6.م، دار العلم للملايين، بيروت، 1987م، ج2، ص 576، مادة (أجر)، وراجع: ابن منظور، **لسان العرب**، ج4، ص10، باب الراء فصل الألف، مادة(أجر).

(2) ابن منظور، **لسان العرب**، ج15، ص218، باب الواو والياء المعتلة فصل الكاف، مادة(كرا).

(3) الزيلعي، عثمان بن علي، (ت:762هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، د.ط، 7م، دار الكتاب الإسلامي، 2000م، ج6، ص77.

(4) الدسوقي، محمد عرفة، (ت:1230هـ) **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، د.ط، 4.م، (تحقيق: محمد عليش) دار الفكر، بيروت، ج4، ص2.

(5) النووي، يحيى بن شرف، (ت:676هـ)، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، ط.3، 12.م، (تحقيق: زهير شاويش)، المكتب الإسلامي، 1991م، ج5، ص173.

(6) البهوتي، منصور بن يونس، (ت:1051هـ)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، د.ط، 6.م، دار عالم الكتب، بيروت، 1983م، ج3 ص546.

أضيف إليه كلمة (المؤقتة) لأخرج النكاح من التعريف، فيكون التعريف الأمثل حسب رأي الباحث هو (تمليك منفعة مؤقتة بعوض) [1].

ثالثا:- الإجارة قانونًا:

جاء في القانون المدنيّ الكويتيّ مادة (561) عقد الإجارة هو: "عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه بأن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين، لمدة محدودة في مقابل عوض مالي"[2]، وهنا لا يجد الباحث مخالفة للتعريف الاصطلاحي للإجارة.

المطلب الثاني

مشروعية عقد الإجارة

الإجارة ثابتة في كتاب الله عز وجل، وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم، والإجماع، والمعقول، وبيان ذلك فيما يلي:

الأدلة النقلية من القران الكريم:

1. قول الحق تبارك وتعالى: ﴿ وَإِنۡ أَرَدتُّمۡ أَن ئج ئح ئم ئى ئي بج بح بخ بم بى بي ﴾ [البقرة، 233] أي" إن أردتم إيتاءه لهن من الأجرة" [3]،والآية دلالتها واضحة على جواز الإجارة.

2. قول الحق تبارك وتعالى: ﴿ وَرَفَعۡنَا بَعۡضَهُمۡ فَوۡقَ بَعۡضٖ دَرَجَٰتٖ لِّيَتَّخِذَ بَعۡضُهُم بَعۡضٗا سُخۡرِيّٗاۗ ﴾ [الزخرف، 32]، أي "مسخرا في العمل له بالأجرة"[4].

3. ومما يدل على جواز عقد الإجارة قول الحق تبارك وتعالى: ﴿ فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق، 6]، فأمر الله عز وجل الأزواج بإعطاء زوجاتهم أجرًا لقاء الرضاعة دليل على مشروعية الإجارة.

---

(1) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج4،ص2.

(2) مجموعة التشريعات الكويتية **(القانون المدني)**، ج4، ص156.

(3)السيوطي: جلال الدين المحلي، (ت:911هـ)، **تفسير الجلالين**، ط.1، م.1، دار الحديث، القاهرة، د.ت، ص650.

(4) السيوطي، **تفسير الجلالين**،ص50

الأدلة النقلية من السنة النبوية:

1. استئجار النبيّ - صلى الله عليه وسلم- هاديًا في طريق هجرته، كما جاء في صحيح البخاري عن عائشة - رضي الله عنها- قالت: "استأجر النبيّ صلى الله عليه وسلم،وأبو بكر الصديق رجلاً من بني الديل، من بني عبد بن عَديّ، هاديًا خِرّيتًا(1)"(2)، وفيه دلالة واضحة على جواز الاستئجار على عمل، جاء في شرح السنة: "فمن استأجر أجيرًا ليعمل له بعد ثلاثة أيام، أو بعد شهر، أو بعد سنة، جاز وهما على شرطهما الذي اشترطاه إذا جاء الأجل"(3).

2. ما رواه البخاري في صحيحه عن جابر- رضي الله عنه- أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فمر النبي- صلى الله عليه وسلم- فضربه فدعا له، فسار بسير ليس يسير مثله، ثم قال: بعنيه بأوقية، قلت: لا، ثم قال: بعنيه بأوقية، فبعته، فإستثنيت حملانه إلى أهلي، فلما قدمنا أتيته بالجمل، ونقدني ثمنه، ثم انصرفت، فأرسل على إثري، قال: ما كنت لآخذ جملك، فخذ جملك ذلك، فهو مالك "(4)، والحديث يدل على أن جابرًا- رضي الله عنه- اشترط الانتفاع بالبعير إلى المدينة، بعدما تملكه النبي صلى الله عليه وسلم والقاعدة تقول: "ما جاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بالأجر"(5)، فجابر استوفى المنفعة بشرط، وفي ذلك دلالة على جواز استيفائها بأجر.

3. وروى ابن ماجة عن عبد الله بن عمر- رضي الله عنهما - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:" أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه، وأعلمه أجره"(6)، ووجه الاستدلال بالحديث أن الأمر بإعطاء الأجر دليل صحة العقد(7).

---

(1) الخِرّيت، الذي يدل على الطريق. راجع: الأزدي، محمد بن الحسن، (ت:321هـ)، **جمهرة اللغة**، ط.1، 3.م، (تحقيق: رمزي منير بعلبكي)، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1987م، ج1، ص388.

(2) البخاري، محمد بن إسماعيل، (ت:256)، **صحيح البخاري**، ط.3، 6.م، (تحقيق: مصطفى ديب البغا) كتاب الإجارة، دار إبن كثير، اليمامة، بيروت، 1987م، كتاب الإجارة، باب استئجار المشركين، ج2، ص790، حديث رقم:2144.

(3) البغوي، الحسين بن مسعود، (ت:516هـ)، **شرح السنة**، ط.2، 15.م، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير شاويش)، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، 1983م، ج8، ص264.

(4) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان جاز، ج2، ص968، رقم الحديث: 2569،

(5) ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد، (ت:595هـ)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، د.ط، 4.م، دار الحديث، القاهرة، 2004م، ج4، ص5.

(6) ابن ماجه، محمد بن يزيد، (ت:273)، **سنن ابن ماجة**، د.ط، 2.م، (تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي)، دار إحياء الكتب العربية، كتاب الرهون، باب أجر الأجراء، ج2، ص417، الحديث رقم: 2443. قال المناوي بعد أن ذكر عدة طرق للحديث، "وبالجملة فطرقه كلها لا تخلو من ضعيف أو متروك لكن بمجموعها يصير حسنا"، راجع: المناوي، محمد عبد الرؤوف، **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، د.ط، 6.م، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م، ج1، ص719.

(7) البابرتي، محمد بن محمد، (ت:786)، **العناية شرح الهداية**، د.ط، 10.م، دار الفكر، د.ت، ج9، ص59.

الإجماع:

أجمعت الأمة على جواز عقد الإجارة وعملت به، ولم ينقل خلاف في ذلك[1].

المعقول:

وأما المعقول فإن العقود شرعت مراعاة لحاجات العباد ومصالحهم، والإجارة ممّا تمس الحاجة إليها، وتستوي حاجة الناس إلى كل من الأعيان ومنافعها، فكان جواز عقد الإجارة على المنافع تبعا لجواز عقد البيع في الأعيان[2].

ومن خلال ما سبق من الأدلة فإن الإجارة عقد جائز شرعًا، جاء في القرآن العظيم والسنة والإجماع والمعقول ما يؤيده.

المطلب الثالث

أركان عقد الإجارة

للفقهاء في أركان الإجارة قولان:[3]

القول الأول: ركن الإجارة -عند الحنفية- الصيغة وهي الإيجاب والقبول فقط[4].

القول الثاني: ذهب جمهور الفقهاء[5] من المالكية، والشافعية، والحنابلة، إلى أن أركان الإجارة ثلاثة: الصيغة، والعاقدان، والمعقود عليه.

ويرى الباحث أن الخلاف لفظيّ؛ لأنه لا بد من توافر العاقدين، ومحل العقد للإيجاب والقبول.

الركن الأول: الصيغة، ويشترط فيها أن تكون واضحة الدلالة في لغة العاقدين وعرفهما[1]، وأن يكون الإيجاب موافقًا للقبول في جميع جزئياته[2]، ويشترط فيها أن لا تشتمل على شرط ينافي مقتضى العقد[3].

---

(1) الكاساني، أبو بكر بن مسعود، (ت587هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط.2، 7.م، دار الكتب العلمية، 1987م، ج4، ص173، وراجع:ابن المنذر، محمد بن إبراهيم،(ت:318هـ)، **الإجماع**، ط.1، م.1، (وثق نصوصه وعلق عليه: خالد بن محمد)، دار الآثار، القاهرة، 2004م، ص115.

(2)السرخسي، محمد بن أبي سهل، (ت:483)، **المبسوط**، د.ط، 30.م، دار المعرفة، بيروت، 1993م، ج15، ص74، وراجع: ابن قدامة، **المغني**، ج5، ص397.

(3) الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج5، ص 3803.

(4) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4،ص174 وراجع: الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج5، ص105.

(5) العبدري، محمد بن يوسف، (ت:897هـ)، **التاج والإكليل لمختصر الخليل**، ط1، م8، دار الكتب العلمية، 1994 م، ج7، ص493. وراجع: الغزالي، محمد بن محمد، (ت:505هـ)، **الوسيط في المذهب**، ط.1، 7م، (تحقيق: أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد ثامر)، دار السلام، القاهرة، 1417هـ، ج4، ص154، وراجع البهوتي، **كشاف القناع**، ج4، ص547.

الركن الثاني: العاقدين، وهما المؤجر والمستأجر، ويشترط فيهما العقل والبلوغ، كما في سائر العقود[4].

الركن الثالث: المعقود عليه،لا شك أن العيب الطارئ أثره يظهر في محل العقد،وهو العين ومنفعتها والأجرة؛ لذلك لابد من الحديث عن شروط العين المؤجرة،وكذلك المنفعة المتحققة منها.

يجب أن تتوافر في العين المؤجرة شروط حتى تصلح أن تكون محلا للعقد، وتتحقق المصلحة المرجوة من تأجيرها، كأن يكون المالك قادرا على تسليم العين،ويشترط كذلك أن تكون العين معلومة، وأن تشتمل على منفعة،وأن تكون العين مما لا يمكن إستهلاكه بعد استيفاء المنفعة[5]:

والسؤال هنا هل يجوز إجارة الشجر والكرم للثمر ذاته مع أنه يستهلك ؟

للفقهاء في هذه المسألة قولين:

القول الأول:ـ لا يجوز إجارة الشجر والكرم للثمر ذاته لأن الثمر أعيان والإجارة بيع منفعة لا بيع عين وهو قول جمهور الفقهاء[6].

ودليلهم أن الثمر عين وما يقع على العين إنما هو البيع لا الإجارة ، وأن محل عقد الإجارة هو المنفعة لا العين، ولأن الثمر قد يهلك بآفة.[7]

القول الثاني :ـ يجوز إجارة الشجر والكرم لثمرها وهو قول ابن تيمية[8] وتلميذه ابن القيم.

---

(1) الجمل، سليمان بن عمر، (ت:1204هـ)، **حاشية الجمل**، د.ط، 5م، دار الفكر، بيروت،ج3، ص6.

(2)ابن عابدين، محمد بن أمين، (ت:1252هـ)، **رد المحتار على الدر المختار**، د.ط، 8.م، دار الفكر الإسلامي، بيروت، د.ت، ج4،ص505.وراجع:الصاوي، أحمد بن محمد(المتوفى: 1241هـ)،**بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير**، د.ط،4.م، دار المعارف، د.ت،ج4،ص8.وراجع: الغزالي،**الوسيط في المذهب**،ج4،ص547، وراجع: البهوتي، **كشاف القناع**، ج4، ص547.

(3) **الموسوعة الفقهية الكويتية**،ج1، ص257.

(4) النووي، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، ج5، ص153.

(5) ابن النقيب، أحمد بن لؤلؤ، (ت:769)، **عمدة السالك وعدة الناسك**، ط1، م1، (عني بطبعه ومراجعته: عبد الله إبراهيم الأنصاري)، الشؤون الدينية، قطر، 1982م، ص176.

(6) السرخسي، **المبسوط**،ج16، ص32. عليش، محمد بن أحمد، (ت:1299هـ)، **منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل**، د.ط، 9م، دار الفكر، بيروت، 1989م، ج7،ص479، الأنصاري، زكريا محمد، (ت: 926هـ)، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، د.ط، 4.م، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م، ج2، ص 427.

(7) السرخسي، **المبسوط**،ج16، ص32.

(8)ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج5،ص408.

قال ابن القيم أن قولهم:" المستحق بعقد الإجارة إنما هو المنافع لا الأعيان ، أصل فاسد فهو لم يرد فيه كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس صحيح بل الذي دلت عليه الأصول أن الأعيان التي تحدث شيئا فشيئا مع بقاء أصلها حكمها حكم المنافع كالثمر في الشجر " [1].

ويرى الباحث أن الراجح ما ذهب إليه ابن تيمية وتلميذة ابن القيم، لأن الأصل في المعاملات الإباحة ،ولأنه لم يرد من النصوص الشرعية ما يؤيد قول الجمهور، ولأن الأعيان التي تحدث شيئا فشيئا مع بقاء الأصل تشبه المنافع فيجوز إجارتها.

فما هو تعريف المنفعة وشروطها وخصائصها؟

فالمنفعة لغةً من النفع، وهو ضد الضر، قال الزبيدي: "النفع، كالمنع: ضد الضر، وهو معروف،وفي البصائر: هو ما يستعان به للوصول إلى الخير، وقد نفعه نفعا، وانتفع به، والاسم المنفعة"[2]، واصطلاحًا هي: "الفائدة التي تحصل باستعمال العين، أو الفائدة المقصودة من العين، كسكنى الدار، وركوب الدابة، وغيرِها"[3]،وعرفها رائد أبو مؤنس بأنها:" خاصية تشبع رغبة الإنسان في الأشياء، والتي تنتج وتستهلك معا، بحيث يلاحظ نتائجها بمرور الوقت"[4].

ويلاحظ الباحث الفرق بين التعريفين حيث أن التعريف الأول بين أن المعقود عليه هو العين ومنفعتها،لأن المنفعة لا يمكن ضبطها ،لذا ردت إلى ضابط يليق بها وهو العين[5]، أما التعريف الثاني فلم يذكر العين، وذلك لإمكانية أن يكون المعقود عليه هو المنفعة دون العين كما هو الحال في إجارة خدمات الإتصال، ومنافع التعليم ، والنقل الجوي، قال أبو مؤنس معقبا على القول الأول" بيد أن هذا النظر الفقهي يتناسب مع مستويات المعرفة في العصر الذي نتج فيه، في حين أن تنميط المنافع قد غدا أكثر سهولة في عصر إزدهرت فيه التكنولوجيا, مثل ذلك تنميط منافع الإتصال بأنواعها .."[6]. وهذا القول هو الراجح لأن الأصل في المعاملات الإباحة ، ولأنه بعض

(1) ابن القيم، محمد بن أبي بكر، (ت: 751)، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ط.1، 4.م، (تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991هـ، ج2، ص12.

(2) الزبيدي، **تاج العروس من جواهر القاموس**، ج 22، ص 268.

(3) حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، ج1ص115.

(4) أبو مؤنس، رائد نصري، **المنفعة وخصائصها الذاتية في التشريع الإسلامي دراسة فقهية تحليلية** ، بحث محكم مقدم إلي الجامعة الإسلامية ،راجع: مجلة الجامعة الإسلاميه للدراسات الإسلامية، المجلد الثالث والعشرون، العدد الأول، يناير، 2015 ،ص121.

(5) الشاطبي، إبراهيم بن موسى،(ت:790هـ)، **الموافقات**، ط.1، 7.م،(تحقيق : مشهور بن حسن)، دار ابن عفان، 1997م،ج3، ص443.

(6) أبو مؤنس،**المنفعة وخصائصها الذاتية في التشريع الإسلامي دراسة فقهية تحليلية** ،ص129.

المنافع بالإمكان ضبطها وتحديها بحيث يمكن العقد عليها، ولتسهيل المعاملات على الناس، ولأن هذه المعاملات أصبحت عرف يتعامل به الناس.

وهناك شروط لابد من توافرها في المنافع كأن تكون معلومة، مقدورا على إستيفاءها ويشترط فيها كذلك أن تكون مباحة [(1)].

أما خصائص المنفعة فهي تمتاز بعدم تجسدها تجسد ماديا وإنما هي شعور أو غاية أو مصلحة يحققها المستهلك ،وهي وإن كانت غير ملموسة لأنها عرض غير متجسد، إلا أنها ملموسة الأثر عند الإنتفاع،وهي قابلة للضبط والتحديد لأن ما لا يمكن ضبطه وتحديده يعتبر مجهولا ،والمجهول لا يجوز العقد عليه، وهي قابلة للتملك، وقابلة للنقل [(2)].

والمعقود عليه الثاني هي الأجرة ويشترط فيها أن تكون مالاً، متقومًا[(3)]، معلومًا[(4)].

المطلب الرابع

أنواع الإجارة

للإجارة تقسيمان: تقسيم قديم، وهو ما تعارف عليه الفقهاء، واعتاد الناس على التعامل به على مر الأزمان، وتقسيم معاصر اقتضته المتغيرات، ومتطلبات السوق المالية.

الفرع الأول

التقسيم القديم

الإجارة بإتفاق الفقهاء نوعان: إجارة على المنافع، وإجارة على الأعمال[(5)].

(1)النفراوي، أحمد بن غنيم، (ت:1126هـ)، **الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني**، د.ط، م.2، دار الفكر، بيروت، 1415 هـ،ج2 ص371،وراجع: البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، ج3،ص559، وراجع: الزحيلي : **الفقه الإسلامي وأدلته** ، ج5،ص3809.

(2) أبو مؤنس، **المنفعة وخصائصها الذاتية في التشريع الإسلامي** ، ص122.

(3) المال المتقوم هو ما يباح الإنتفاع به ، راجع: حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، ج1، ص116.

(4) الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج5، ج3827.

(5) السمرقندي، محمد بن أحمد، (ت540هـ)، **تحفة الفقهاء**، ط.2، 3.م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994م، ج2، ص374. وراجع: العيني، بدر الدين محمود بن أحمد، (ت:855هـ)، **البناية شرح الهداية**، ط.1، 13.م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000م، ج10، ص230. ابن رشد،محمد أحمد (ت : 520هـ)،**المقدمات والممهدات**،ط.1، 3.م، دار الغرب الإسلامي،1998م،ج2، ص116،وراجع: النووي، **روضة الطالبين** ،ج5 ، ص182. وراجع: ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، (ت:620هـ)، **الكافي في فقه الإمام أحمد**، ط.1، 4.م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994م، ج2، ص172،

أما الإجارة على المنافع فمن أمثلتها إجارة الدور، والحوانيت، والخدم، والدواب للركوب والحمل، والثياب، والحلي للبس، والأواني والظروف للاستعمال[1]، ومنه ما هو عين أو موصوف بالذمة[2].

وأما الإجارة على الأعمال فمن أمثلتها استئجار الخادم، والطبيب، وهي نوعان: أجير خاص، وهو الذي يعمل للواحد،ويسمى أجير الواحد، ويكون العقد معه على المدة، وأجير مشترك وهو الذي يعمل لعدة أشخاص، ويكون العقد معه على إنجاز العمل، لا على المدة[3].

الفرع الثاني

التقسيم المعاصر للإجارة

1. الإجارة التشغيلية، وعرفت بأنها: **"**قيام المؤسسة المالية الإسلامية باقتناء أصول، وموجودات، تتماشى مع احتياجات عدد كبير من الجمهور، وتتمتع بقابليتها للتسويق، حيث تقوم المؤسسة المالية بتأجير هذه الموجودات إلى أحد المستأجرين لمدة محدودة يتفق عليها، وبانتهاء تلك المدة، تعود الموجودات إلى حيازة المؤسسة المالية لتبحث عن مستأجر جديد، وحتى يحين الوقت الذي يأتي فيه المستأجر الجديد، فإن الموجودات تظل دون استعمال مع المؤجر، ودون إنتاج،أو إيراد إيجاري، وفي هذا النطاق يتحمل المؤجر خطر تقادم المعدات**"**[4]، ويرى الباحث أن هذا النوع من الإجارة هو نفسه الإيجار العادي، وهو ما يسمى بإجارة المنافع في الفقه الإسلامي[5].
2. الإجارة التمويلية، وتعرف بأنها: **"**عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤدي إلى المستأجر، لمدة محدودة، منقولاتٍ مملوكةً له، أو تلقاها من المورد، أو عقارات، أو منشئات يقيمها على نفقته بقصد تأجيرها إلى المستأجر، مقابل قيمة إيجاريه محددة، على أن يكون للمستأجر الحق في اختيار شراء المال المؤجر كله أو بعضه، في الموعد وبالثمن المحدد في العقد، والذي يراعي في تحديده مبالغ الأجرة التي أداها خلال مدة العقد،أو رده إلى المؤجر أو تجديد العقد في حاله

---

(1) الجزيري، عبد الله بن محمد، (ت:511هـ)، **الفقه على المذاهب الأربعة**، ط.1، 5.م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003م، ج3، ص88.

(2) ابن مفلح، محمد بن مفلح، (ت:763هـ)، **الفروع**، ط.1، 11.م، د.ت، ج7، ص160.

(3) السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج2، ص 347.

(4) كامل، عمر عبد الله، **القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية**، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العربية الإسلامية، جامعة الأزهر، ص514.

(5) راجع، ص40 من هذا البحث.

عدم اختيار شراء المال المؤجر، كل ذلك ولو كانت ملكية المال المؤجر قد آلت من المؤجر إلى المستأجر بموجب عقد، يتوقف نفاذه على إبرام عقد التأجير التمويلي"(1).

ومن ذلك الإجارة المنتهية بالتمليك: وهي "صورة من صور الإجارة، يعمل بها في المؤسسات المالية الإسلامية، يقترن بها الوعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة، أو في بدايتها"(2).

3. إجارة الأعمال، وهي كل إجارة تقع على عمل الأشخاص، سواء كان الأجير فيها خاصًا أو مشتركًا، ومنها انبثق قانون العمل والمقاولات(3).

المبحث الثاني

العيب الطارئ

(مفهومه، ومشروعيته، وشروطه، وأنواعه والمصطلحات ذات العلاقة به)

قبل الحديث عن أثر العيب الطارئ لا بد أن يبين الباحث ماهية العيب الطارئ، ومشروعية الأخذ به في الشريعة الإسلامية، وشروطه، وأنواعه، والفرق بينه وبين المصطلحات ذات العلاقة بذلك.

المطلب الأول

تعريف العيب الطارئ

العيب الطارئ، باعتباره لفظًا مركبًا وصفيا، يتطلب بيان مفهوم العيب، ومفهوم الطارئ، كلا على حده، ثم بيان مفهومه كلفظ مركب.

الفرع الأول

تعريف العيب لغة

يتمحور المعنى اللغوي للعيب عند أهل اللغة حول الوصمة، والنقيصة، حيث جاء في القاموس المحيط العيب: "الوصمة، وعاب لازم ومتعد، وهو معيب، ومعيوب، يقال: عاب المتاع، يعيب عيبًا، أي صار ذا عيب"(4)، وعند ابن منظور: "العاب، والعيب، والعيبة: الوصمة، وعاب

---

(1) مجاهد، أسامة أبو الحسن، **عقد التأجير التمويلي (أحكامه الخاصة مقارنة بعقد الإيجار)**، د.ط، م1، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 1999م، ص37.

(2) الحافي، خالد عبد الله، **الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي**، ط2، م1، د.ن، 1421هـ، ص60.

(3) القرة داغي، علي محيي الدين، **الإجارة على المنافع**،(دراسة فقهية مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون العمل)، بحث مقدم للدورة الثامنة عشر للمجلس الأوربي للإفتاء، يوليو، 2009م، ص2.

(4) الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ج1، ص 113.

الشيء، والحائط عيبًا: صار ذا عيب"[1]، ويشير الجرجاني إلى ارتباط العيب بالنقص، من خلال تعريفه العيب الفاحش بقوله: "العيب الفاحش: بخلاف العيب اليسير: وهو ما لا يدخل نقصانه تحت تقويم المقومين"[2].

الفرع الثاني

تعريف العيب اصطلاحًا

الحنفية جعلوا لكل باب ضابطًا يعرف به العيب، ففي البيع هو: "كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار"[3]، وضابطه في الإجارة "ما يضر انتفاع المستأجِر بالمستأجَر"[4]، وهم لم يعتبروا نقصان العين عيبًا إذا لم يضر بالانتفاع، [5].

أما المالكية فالعيب عندهم: "ما جرت العادة السلامة منه، مما ينقص الثمن أو المبيع، أو التصرف، أو تخاف عاقبته"[6]، حتى سوء الجوار من العيوب[7].

أما الشافعية فالعيب في المبيع عندهم: "كل ما ينقص العين أو القيمة، أو يفوت به غرض صحيح، إذا غلب في جنس المبيع عدمه"[8] هذا في البيع أمّا في الإجارة فقد قال في المهذب: "والعيب الذي يرد به ما تنقص به المنفعة"[9]، إذ العيب عندهم لا يرتبط بالقيمة،وإنما في فوات المنفعة.

والحنابلة – كذلك – عرفوا العيب في الإجارة بما يؤثر في قيمة المنفعة، فقد جاء في المغني: "والعيب الذي ترد به ما تنقص به قيمة المنفعة؛ كتعثر الظهر في المشي، والعرج الذي

---

(1) ابن منظور، **لسان العرب**، ج1، ص633.

(2) الجرجاني، علي بن محمد، (ت:816)، **التعريفات**، ط.1، م.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983 م، ج1، ص205.

(3) البابرتي، **العناية شرح الهداية**، ج2، ص357.

(4) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4، ص196.

(5) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، (ت:970هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ط.2، 8.م، دار الكتاب الإسلامي، ج8، ص40.

(6) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج3، ص108.

(7) الحطاب، محمد بن محمد، (ت:954هـ)، **مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل**، ط.3، 6.م، دار الفكر، 1992م، ج4، ص436.

(8)الشربيني، محمد أحمد (ت:977هـ)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ط.1، 6.م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994م،ج2، ص428.

(9) الشيرازي، إبراهيم بن علي، (ت:476)، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، د.ط، 3.م، دار الكتب العلمية، د.ت، ج2، ص261.

يتأخر به عن القافلة، وربض البهيمة بالحمل، وكونها جموحة[1] أو عضوضة، وأشباه ذلك، وفي المكترى للخدمة، ضعف البصر، والجنون، والجذام[2]، والبرص، وفي الدار انهدام الحائط، والخوف من سقوطها، وانقطاع الماء عن بئرها"[3].

يرى الباحث من خلال التعاريف السابقة، أن العيب في الإجارة عند الجميع ما ينقص المنفعة، وأن ما يصيب العين إن لم يؤثر بالمنفعة فليس عيبًا، وهو بذلك يختلف عن البيع؛ لأن العيب في البيع هو ما أثر في العين أو القيمة، ومرجع ذلك كله إلى عرف أهل الخبرة، فما شهدوا عليه بأنه عيب يؤثر في المنفعة فهو عيب، وإلا فلا[4].

الفرع الثالث

الفرق بين التعريف اللغوي للعيب والتعريف الاصطلاحي

لا يوجد فرق بين المعنيين اللغوي والاصطلاحيّ في معنى العيب، خاصة فيما يتعلق بالنقيصة حيث عرفه ابن قدامه بأنه: "النقص الموجب لنقص المالية في عادات التجار؛ لأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية، فما يوجب نقصًا فهو يكون عيبًا، والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف أهل هذا الشأن"[5]، ويرى الباحث أن كلام الفقهاء عن العيب مداره على النقيصة في الشيء، سواء أكان ذلك النقص في العين أم في القيمة أم في المنفعة.

الفرع الرابع

تعريف العيب قانونًا

لم يجد الباحث تعريفًا في القانون الكويتي للعيب في الإجارة، وإن كانت المواد واضحة في تحديد معنى العيب، فقد جاء في المادة (570)[6]: "إذا كان المأجور وقت التسليم في حالة لا يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة، أو إذا كان من شأن حالته نقص هذه المنفعة نقصًا شديدًا"، وفي المادة (572)[7]: "يلتزم المؤجر بأن يتعهد المأجور بالصيانة ليبقى في حالة يصلح معها

---

(1) قال ابن منظور:"وفرس جموح إذا لم يثن رأسه، وجمح الفرس بصاحبه جمحا وجماحًا: ذهب يجري جريا غالبا واعتز فارسه وغلبه"، راجع: ابن منظور، **لسان العرب**، ج2، ص426.

(2) قال الزبيدي "والجذام، كغراب: علة تحدث من انتشار السوداء في البدن كله فيفسد مزاج الأعضاء وهيأتها، وربما انتهى إلى تقطع" راجع: الزبيدي، **تاج العروس**، ج31، ص 381.

(3) ابن قدامة، **المغني**، ج6، ص35.

(4) ابن قدامه، **الكافي في فقه الإمام أحمد**، ج2، ص177.

(5) ابن قدامة، **المغني**، ج2، ص262.

(6) الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، **(القانون المدني)**، ج4، ص158.

(7)المصدر نفسه، ج4، ص158..

للانتفاع المقصود". وفي المادة (575)[1]: "إذا كان هلاكًا جزئيًا أو أصبح في حالة لا يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة الكاملة".

فمدار مواد القانون على استيفاء المنفعة، فإذا حصل العيب الذي يؤثر عليها، وجب على المؤجر إزالته، ليتمكن المستأجر من الانتفاع بها.

الفرع الخامس

تعريف الطارئ

قال الفراهيدي في كلمة طارئ: "طرأ طروءًا، أي خرج علينا مفاجأة من مكان بعيد"[2]، وجاء في لسان العرب: "طرأ على القوم يطرأ طرءًا وطروءًا: أتاهم من مكان، أو طلع عليهم من بلد آخر، أو خرج عليهم من مكان بعيد فجاءة"[3]، إذًا فالطارئ لغة ما يخرج فجاءة من غير توقع.

الفرع السادس

تعريف العيب الطارئ باعتباره لفظًا مركبًا

لم يجد الباحث تعريفا للعيب الطارئ في كتب الفقهاء، وإن كان كلامهم يدلّ على وضوحه في أذهانهم، فقد ورد في بعض كتب الفقه بما يتعلق بالهدي، والأضحية، والرهن، فجاء في الفواكه الدواني: "والمعتبر السلامة من العيوب المانعة الإجزاء وقت التقليد والإشعار، فلا يضر العيب الطارئ بعد ذلك" [4]، أي لا يضر العيب الطارئ بخلاف القديم، وجاء في منح الجليل: "وأما الضحية فإن لم يمنع عيبها الإجزاء فواضح، وإن منعه فالمذهب عدم جواز بيعها كما في التوضيح وتقدم أو تعييت حالة الذبح أو قبله.... وإنما تجب الضحية وجوبًا يلغى العيب الطارئ بعده بالنذر والذبح"[5].

ويمكن تعريف العيب الطارئ في الإجارة بأنه:(كل ما يعترض المعقود عليه في عقد الإجارة بعد إبرامه مما تنقص به المنفعة).

محترزات التعريف:

1. كل ما يعترض العقد بعد إبرامه: لإخراج العيب القديم في المعقود عليه.

---

(1) الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، **(القانون المدني)**، ج4، ص159.
(2) الفراهيدي، **كتاب العين**، ج7، ص448.
(3) ابن منظور، **لسان العرب**، ج1،ص114.
(4) النفراوي،**الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني** ، ج2، ص371.
(5) عليش، **منح الجليل** ، ج2، ص488.

2. في عقد الإجارة: لإخراج العقود الأخرى كالبيع فإنه قد تنقص به العين دون المنفعة.
2. مما تنقص به المنفعة: لإخراج ما تنقص فيه العين دون المنفعة.

المطلب الثاني

مشروعية خيار العيب الطارئ في الإجارة وشروطه

الفرع الأول

مشروعية خيار العيب في الإجارة

الكلام عن مشروعية العيب الطارئ يتطلب بيان مدى قوة الالتزام في عقد الإجارة، وأنه شريعة المتعاقدين، وهو ملزم لكل الأطراف، وإنما كان اعتبار العيب الطارئ استثناءً من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، [1] وقد بين الباحث فيما سبق مشروعية عقد الإجارة في الشريعة الإسلامية، فهل هو عقد لازم أم لا[2]؟

الفقهاء متفقون على أن الإجارة عقد لازم[3]، إلا ما ورد عن شريح[4]، وجاء في المغني: "وجملته أن الإجارة عقد لازم، يقتضي تمليك المؤجر الأجر، والمستأجر المنافع، فإذا فسخ المستأجر الإجارة قبل انقضاء مدتها،وترك الانتفاع اختيارًا منه، لم تنفسخ الإجارة، والأجر لازم له، ولم يزل ملكه عن المنافع"[5].

واعتبر القانون الكويتي الإجارة عقدًا لازمًا لا يجوز فسخه إلا لسبب، فقد جاء في المادة(196)[6]: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه، أو تعديل أحكامه،إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق، أو يقضي القانون بغيره"، إذًا فعقد الإجارة لازم في الشريعة والقانون، إلا إذا طرأ ما يوجب فسخ أو تقليل الالتزام به، كالعيب الطارئ.

فما هو المستند الشرعي لاعتبار العيب الطارئ موجبًا للفسخ، أو تقليل الالتزام به؟

1.من القرآن الكريم.

---

(1) الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج4، ص3046.
(2) راجع: ص12 من هذا البحث.
(3) ابن رشد ، **بداية المجتهد ونهاية** المقتصد، ج2، ص229. النووي،يحيى بن شرف،(ت: 676)، **المجموع شرح المهذب**،د.ط، 20.م، دار الفكر للطباعة والنشر، د.ت،ج15، ص9. وراجع : ابن قدامة ، **المغني** ، ج6، ص24.
(4) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4، ص201.
(5) ابن قدامة، **المغني**، ج6، ص25.
(6) الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، **(القانون المدني)**، ج4، ص64.

قـــال الله تعـــالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ﴾ [النساء، 29].

وجه الدلالة إن المستأجر دفع الثمن في مقابل المنفعة ، فإذا نقصت المنفعة،فإنه يكون قد دفع الثمن من غير مقابل، وهذا من أكلِ أموال الناس بالباطل، قال ابن تيمية- رحمه الله -: "ومن أكلِ أموال الناس بالباطل أخذُ أحد العوضين بدون تسليم العوض الآخر؛ لأن المقصود بالعهود والعقود المالية هو التقابض، فكل من المتعاقدين يطلب من الآخر تسليم ما عقد عليه"[(1)].

2. من السنة النبوية الشريفة:

حديث الرسول - صلى الله عليه وسلم- في حادثة الرجل الذي ابتاع غلامًا، فاستغله،ثم وجد به عيبًا، حيث قال- صلى الله عليه وسلم-: "الخراج بالضمان"[(2)].

وجه الدلالة من الحديث أن النبي- صلى الله عليه وسلم- قد أقر خيار العيب في البيع[(3)]، ويقاس عليه الإجارة بجامع أن كليهما لم يقبض بعد، فإن المنفعة بالإجارة تحدث شيئًا فشيئًا[(4)].

الفرع الثاني

شروط العيب الطارئ

1. أن يكون العيب معتبرا شرعا أو عرفا، والعيب المعتبر في الإجارة هو المؤثر في المنفعة بالنقص، فلو كان مؤثرًا في العين دون المنفعة، أو كان يسيرًا، لا يعتد به لفسخ الإجارة[(5)]، والقانون الكويتي اشترط أن يكون العيب مؤثرًا، ولا يكون مؤثرًا إذا جرى العرف على التسامح فيه[(6)].

---

(1) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، (ت:728)، **مجموع الفتاوى**، د.ط، 35.م، (تحقيق: عبد الرحمن محمد قاسم)، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، السعودية، 1995م، ج30، ص264.

(2) رواه أبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه. راجع: أبو داود، سليمان بن الأشعث، (ت:275)، **سنن إبن ماجه**، د.ط، 4.م، (تحقيق: محمد محيي الدين)، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت،د.ت، ج3، ص284، حديث رقم 2508.وراجع:النسائي، أحمد بن شعيب، (ت:303هـ)، **سنن النسائي**، ط.2، 8.م، (تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة)، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، سوريا، 1968م، ج7، ص254 حديث رقم 4490. وراجع: الترمذي، محمد بن عيسى، (ت: 279هـ)، **الجامع الكبير =سنن الترمذي**، ط.2، 6.م، (تحقيق: بشار عواد معروف)، دار الجيل الإسلامي، بيروت، 1998م، ج2، ص572، حديث رقم 1258 وقال عنه حديث حسن صحيح. وراجع: ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، ج3، ص352، حديث رقم 2242.

(3) العينى، محمود بن أحمد بن موسى، (ت: 855هـ)، **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**،د.ط،25م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت، ج11، ص271.

(4) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4، ص196،وراجع: الميداني، **اللباب في شرح الكتاب**، ج2، ص104.

(5) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج5، ص143.

(6) اليعقوب، **عقد الإيجار في القانون المدني**، ص122.

2. ألا يكون قديمًا، ثابتًا عند عقد الإجارة، أو بعده ورضي به المستأجر،وقد جاء في المغني: " وإنْ رضي المقام ولم يفسخ، لزمه جميع العوض؛ لأنه رضي به ناقصًا، فأشبه ما لو رضي بالمبيع معيبًا"[1].

المطلب الثالث

أنواع العيب الطارئ في الإجارة وكيفية إثباته

الفرع الأول

أنواع العيب الطارئ في الإجارة

لا يوجد تقسيم لأنواع العيوب الطارئة في الإجارة، ولكن من خلال قراءة كتب الفقهاء، يجد الباحث أنهم يتكلمون عن نوعين للعيوب، عيب يخل بالانتفاع من العين المستأجرة، كما لو انهدم جدار الدار المستأجرة، عيب لا يخل بالانتفاع بالعين المستأجرة كسقوط جدار من الدار لا ينتفع به، [2] ويمكن تقسيم العيب عند المالكية إلى عيب يوجب الفسخ وعيب يجبر المالك على إصلاحه، وعيب لا يؤثر.[3]

أما في القانون الكويتي فلم يرد كذلك تقسيم للعيوب الطارئة في الإجارة، لكن يمكن أن نقسم العيب وفقا لما جاء في الماد (582)[4] إلى عيب مؤثر، وعيب غير مؤثر، وهو بذلك يوافق العقل والشريعة، فالعيوب إمّا مؤثرة وإمّا غير مؤثرة بطبيعتها.

ويكن تقسيم العيب الطارئ في الآدمي والحيوان إلى عيوب نفسية، وعيوب ذاتية، فالعيوب النفسية كما لو استأجر رجلا مجنونا[5]، والعيوب الذاتية كأن يكون به مرض في جسده [6].

ويمكن تقسيم العيوب من خلال أركان الإجارة إلى عيب في المتعاقدين كالجنون، وعيب في المعقود عليه وهو المنفعة، كانهدام جدارمن الدار المؤجرة ،والأجرة كتعيب الأجرة إذا كانت عينا .[7]

---

(1) ابن قدامة، **المغني**، ج6، ص35.

(2) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4، ص195،وراجع :النووي، **المجموع شرح المهذب**،ج15، ص78، وراجع: ابن قدامة، **المغني**، ج6، ص31.

(3) القرافي، أحمد بن إدريس، (ت:684هـ)، **الذخيرة**، ط.1، 14.م، (تحقيق: محمد بو خبزه)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994م، ج5، ص532.

(4)الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، **(القانون المدني)**، ج4، ص160.

(5) القرافي، **الذخيرة**، ج5،ص373.

(6) المصدر نفسه ، ج5، ص 532.

(7) السرخسي، **المبسوط**، ج15 ص141.

الفرع الثاني

كيفية إثبات العيب الطارئ

يثبت العيب الطارئ بمجرد إقرار المؤجر والمستأجر به ،فإن اختلفا رجع إلى أهل الخبرة، جاء في تبصرة الحكام،"إذا تنازع المتبايعان في العيب الخفي أو في قدم العيب ، وكان العيب لا يعرفه إلا أهل العلم به كالأمراض التي تحدث بالناس ، فلا يقبل فيه إلا أهل العلم به ، فإن وجدوا وإلا قبل غيرهم ، وإن كانوا غير مسلمين"(1) ، وقال في المغني" وإن اختلفا في الموجود هل هو عيب أو لا ؟ رجع فيه إلى أهل الخبرة فإن قالوا ليس بعيب مثل أن تكون الدابة خشنة المشي أو أنها تتعب راكبها لكونها لا تركب كثيرا فليس له فسخ وإن قالوا هو عيب فله الفسخ "(2)فلا بد من الرجوع إلى أهل الخبرة لتحديد الحادث هل هو عيب أم لا .

المطلب الرابع

المصطلحات ذات العلاقة

من الضروري التفريق بين العيب الطارئ وبين المصطلحات المشابهة، التي قد تشترك مع العيب الطارئ في الأثر، وهي العذر الطارئ، والجائحة، والظروف الطارئة.

الفرع الأول

العذر الطارئ

أولا: العذر لغة:

هو رفع اللوم، قال القرافي: "عذرته فيما صنع عذرًا، من باب ضرب: رفعت عنه اللوم فهو معذور، أي غير ملوم، والاسم العذر وتضم الذال للإتباع وتسكن،والجمع أعذار"(3)، قال ابن منظور: "والجمع أعذار، يقال: اعتذر فلان اعتذارًا، وعذرةً، ومعذرةً من دينه فعذرته، وعذره يعذره فيما صنع عذرًا، وعذرة، وعذرى،ومعذرة، والاسم المعذرة "(4)، وفي مختار الصحاح جاء العذر بمعنى العسر والضيق: " قال أبو عبيدة: أعذره بمعنى عذره، وتعذّر عليه الأمر تعسر"(5).

(1) ابن فرحون،إبراهيم بن عبدالله،(ت: 799هـ)، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومنهاهج الحكام** ،طبعة خاصة، 2.م،(تحقيق: جمال مرعشلي) ،دار عالم الكتب، الرياض، ج1، ص245.

(2) ابن قدامة، **المغني**،ج6، ص35

(3) الفيومي، أحمد بن محمد بن على، (ت: 770هـ)، **المنير في غريب الشرح الكبير**، د.ط، 2.م، المكتبة العلمية، بيروت، د.ت، ج2، ص398.

(4) ابن منظور، **لسان العرب**، ج4، ص545.

(5) الرازي، محمد بن أبي بكر، (ت:666هـ)، **مختار الصحاح**، ط.5، م.1، (تحقيق: يوسف الشيخ محمد)، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 1999م، ص203.

والمعاني جاءت في اللغة متعددة بتعدد استعمالاتها، ويرى الباحث أن دلالة اللفظ تدل على أن المعذور لا دخل له في إحداث سبب العذر، وإنما هو أمر خارج عن فعله وإرادته.

ثانيا: العذر اصطلاحًا:

العذر في الاصطلاح الشرعي: "هو العجز عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر غير مستحق به"(1)، قال في البدائع عن الإجارة: "ولأنها معاوضة عقدت مطلقة، فلا ينفرد أحد المتعاقدين بالفسخ، إلا عند العجز عن المضي في موجب العقد، من غير تحمل ضرر كالبيع"(2).

ومن هنا يلاحظ الباحث ومن خلال التعريفين: اللغوي والاصطلاحي أن العذر الطارئ يتعلق بالعاقدين، لا لذاتهما ولكن لأمر خارج عن إرادتهما، بخلاف العيب فإنه –غالبًا- ما يتعلق بمحل العقد، وهو العين ومنفعتها، كما يلاحظ من التعريفين العجز عن تنفيذ العقد،وليس الاستحالة في العذر،بخلاف العيب، الذي قد لا يؤدي إلى العجز، أو الاستحالة في تنفيذ العقد.

ثالثا: مشروعية اعتبار العذر:

أ. القرآن العظيم:

قوله تعالى: ﴿ وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ ﴾ [الأنعام، 119]، وقوله تعالى: ﴿ وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ ۚ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ۚ ﴾ [الحج، 78].

من هاتين الآيتين يتضح أن العذر مخفف للأحكام الشرعية ومسوغ للفسخ، وهذا دلالته واضحة ومفهومة(3).

---

(1) دامار أفندي، عبد الرحمن بن أحمد بن سليمان، (ت:1078هـ)، **مجمع الأنهر بشرح ملتقى الأبحر**، د.ط، د.م، دار إحياء التراث العربي، د.ت، ج2، ص399.

(2) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4، ص 201.

(3) عويضات، نزار أحمد، **أثر العذر والجائحة في عقدي البيع والإجارة وما يقابلهما في القانون المدني**، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2003 م، ص44.

ب ـ السنة النبوية:

قال صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " [(1)]ووجه الدلالة أن المضي في موجب العقد مع تحمل الضرر، فيه إجحاف وظلم للذي تحمل هذا الضرر، سواء أكان المؤجر أو المستأجر[(2)].

ج. القياس:

ومن أدلة القياس التي استدل بها الأحناف، قول السرخسي: "ولو كان أجّرها فله أن ينقص الإجارة ويردها؛لأن الإجارة تفسخ بالأعذار، وقيام حق الشرع في الرد لفساد السبب منه أقوى بالأعذار؛ فتنفسخ الإجارة، ألا ترى أن المشتري لو أجّر المبيع، ثم وجد به عيبًا،كان له أن ينقص الإجارة؛ ليرده، فهذا أولى"[(3)].

وبالتالي يجد الباحث من خلال هذه الأدلة اعتبار العذر، وأن الاستناد فيها إلي المبادئ العامة في الشريعة السمحاء، ولا يوجد دليل خاص بالعذر من الكتاب أو السنة، بينما اعتبار العيب ورد فيه أحاديث صريحة، كقوله ـ صلى الله عليه وسلم-: "المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعًا، وفيه عيب، إلا بينه"[(4)].

رابعا: حكم العذر:

واختلف الفقهاء في فسخ الإجارة بالأعذار، فالحنفية قالوا بجواز فسخ الإجارة بالأعذار، والسبب في ذلك أن الاستمرار في العقد يعني الإضرار بأحد المتعاقدين، والضرر يزال، قال الموصلي: "والأصل فيه،أنه متى تحقق عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر

---

(1) رواه مالك في الموطأ والحاكم في المستدرك ، راجع: ابن مالك ، مالك بن أنس(ت: 179هـ)، **موطأ الإمام مالك**،د.ط،2.م، ((تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي)،دار إحياء الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان، ج2، ص745، باب القضاء في المرفق، حديث رقم 31، وراجع: الحاكم، محمد بن عبد الله، (ت: 405)، **المستدرك على الصحيحين**، ط.1، 4.م، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990م، ج2 ،ص66،حديث رقم 2345، وقال عنه حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(2) الغنانيم، قذافي عزات، **العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي**، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، ط.1، م.1، دار النفائس، عمان، الأردن، 2008م، ص158.

(3) السرخسي، **المبسوط**، ج13، ص26.

(4) رواه أحمد وابن ماجه والحاكم، راجع: ابن حنبل، أحمد بن محمد، (ت:241هـ)، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، ط.1، 50.م، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد وآخرون)، مؤسسة الرسالة، 2001م، ج28، ص654، حديث رقم 17450 بلفظ "المسلم أخو المسلم، لا يحل لامرئ مسلم أن يغيب ما بسلعته عن أخيه إن علم بها ". وراجع: ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، ج2، ص577، حديث رقم 2246. وراجع: الحاكم، **المستدرك على الصحيحين**، ج2، ص15، حديث رقم 2152، وقال عنه حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وصححه الألباني، راجع: الألباني، محمد ناصر الدين، (ت:1420هـ)، **إرواء الغليل في تخريج منار السبيل**، ط.2، 9.م، (إشراف: زهير شاويش)، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1985م، ج5، ص165.

يلحقه، وهو لم يرض به يكون عذرًا، تفسخ به الإجارة دفعا للضرر"[1]، وقال ابن عابدين: "كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه وماله يثبت له حق الفسخ"[2]، ومستندهم في الجواز القياس على العيب في المبيع قبل القبض؛ لأن المنافع في الإجارة تؤخذ شيئًا فشيئًا، والعيب الذي يحدث في الإجارة فيما بقي منها يقاس على المبيع قبل القبض، فيفسخ به[3].

وأما الجمهور من ، المالكية، الشافعية،والحنابلة، فيرون أن الإجارة لا تنفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة، وهو العيب، واستحالة استيفاء المنفعة[4]، قال الماوردي: "لأن العقود نوعان: لازمة فلا يجوز فسخها لعذر كالبيع، وغير لازمة فيجوز فسخها لغير عذر كالقراض، فلما لم يكن عقد الإجارة ملحقًا بغير اللازم في جواز فسخه بغير عذر، وجب أن يكون ملحقًا باللازم في إبطال فسخه بعذر"[5]،

والراجح ما ذهب إليه الحنفية؛ لأن الاستمرار بالعقد يضر بأحد المتعاقدين، والضرر يزال، وبناءً على هذا الخلاف، يتبين للباحث فرقًا بين العذر والعيب في الحكم، ففي العذر الفسخ فقط، وفي العيب إنقاص الأجرة، أو الإصلاح، أو الفسخ.

خامسا: أنواع الأعذار:

قسّم الحنفية الأعذار الموجبة للفسخ إلى ثلاثة أنواع:[6]

1. عذر من جانب المستأجر[7]، مثل الإفلاس، أو تغيير النشاط التجاري، أو إرادة السفر.
2. عذر من جانب المؤجر، مثل أن يلحقه دين ويريد بيع العين لتسديد دينه[8].
3. عذر راجع للعين المؤجرة،أو الشيء المأجور، مثل أن يستأجر رجل حمامًا في قرية؛ ليستغله لمدة معلومة، ثم هاجر أهل القرية، فلا تحسب عليه الأجرة [9]،مثال ذلك عند الحنفية

---

(1) الموصلي، عبد الله بن محمود، (ت:683)، **الاختيار لتعليل المختار**، د.ط، 5.م، (علق عليه: محمود أبو دقيقه)، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1937م، وصورتها دار الكتب العلمية، بيروت، ج2، ص61.

(2) ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ج6، ص81.

(3) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4، ص179.

(4) الزحيلي، وهبة مصطفى، (ت:2015)، **نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**، ط.4، م.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1985م، ص322.

(5) الماوردي، علي بن محمد، (ت: 450)، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، ط.1، 19.م، (تحقيق محمد علي معوض وعادل أحمد عبد الموجود)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999م، ج7، ص393.

(6) الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج4، ص 3712.

(7) البخاري، محمود بن أحمد، (ت: 616هـ)، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، ط.1، 9.م، (تحقيق: عبد الكريم الجندي)، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004م، ج7، ص497.

(8) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4، ص198.

(9) ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ج6، ص78.

أن يعتق العبد المستأجر[1]، والباحث لا يرى ذلك من باب العذر الراجع للعين المؤجرة؛ لأن الانتفاع بمحل العقد، وهو الحمام، لم يتضرر، وإنما الضرر عائد إلى المستأجر؛ لتحمله خسارة لم يتوقعها، أما بالنسبة للعبد المستأجر، فإن انتهاء الإجارة سببه زوال ملكية سيده له، وليس من باب العذر أو العيب، ويلاحظ الباحث من تقسيم الحنفية للأعذار، أن أنواع الأعذار تنصرف إلى العاقدين، بخلاف العيب، فإنه أكثر ما يكون في المعقود عليه.

يتبين مما سبق أن أوجه الاتفاق بين العذر الطارئ والعيب الطارئ هي كما يأتي:

1. كلاهما يفضي إلى تحقيق العدالة بين العاقدين.[2]
2. كلاهما يؤدي إلى الحرج في استمرارية العقد. [3]

وأوجه الاختلاف بين العيب الطارئ والعذر الطارئ هي:

1. إن سبب الإشكال عند من لم يفرق بين العذر والعيب هي اللغة، نعم كل عيب عذر، يعتذر فيه لإرجاع العقد إلى توازنه، وهذا في اللغة[4] ، إلا أنهما يختلفان في الاصطلاح، إذًا فاللبس جاء من جهة اللغة،لا من جهة الاصطلاح.
2. تدل التعريفات على أنه ليس للمتعاقدين دور في حصول العذر الطارئ، وليس الأمر كذلك بالنسبة للعيب الطارئ، فقد يكون لأحد المتعاقدين سبب في حصول العيب، كانهدام جزء من دار، أو تعطل آلة ونحوه، ومثال العذر الذي لا دور للعاقدين فيه، ما ذكره صاحب بداية المبتدي[5]: "وكذا من استأجر دكانًا في السوق؛ ليتجر فيه، فذهب ماله، وكذا إذا آجر دكانًا أو دارًا، ثم أفلس". ومثال العيب الطارئ من جانب المتعاقدين، ما ذكره صاحب أسنى المطالب[6]": والمستأجر يضمن ما استأجره بالتعدي فيه، فإن نام في الثوب الذي استأجره للبس بالليل، أو نقل فيه ترابًا، أو ألبسه من دونه حرفة، كعصار، أو دباغ، أو أسكن البيت أضر منه، كحداد، ونحوه، كقصار".

---

(1) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4، ص198.
(2)عويضات، **أثر العذر والجائحة في عقدي البيع والإجارة وما يقابلهما في القانون المدني**، ص15.
(3) الغنانيم، **العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي**،ص68.
(4) ابن منظور، **لسان العرب**، ج4، ص547، فصل العين المهملة، مادة (عذر).
(5) المرغيناني، علي بن أبي بكر، (ت: 593هـ)، **بداية المبتدي**، د.ط، م.1، مطبعة محمد علي صبح، ج1، ص192.
(6) الأنصاري، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، ج2، ص 427.

3. العذر الطارئ يتعلق بالعجز مع صلاح محل العقد[1]، بخلاف العيب الطارئ، الذي غالبًا ما يقع على محل العقد عينًا، أو منفعة، كما في الأمثلة السابقة. جاء في تحفة الفقهاء

4. العذر يستوجب الفسخ[2]، بينما العيب يمكن تداركه وإصلاحه، كما لو اشتراه فآجره، ثم اطلع على عيب قديم فيه، فله فسخ الإجارة؛ بعذر الرد بالعيب، فإذا زال العيب امتنع حق الفسخ،[3].

5. العذر قد يأتي عامًّا على مجموعة من الأشخاص، في مكان ما أو زمان ما، كقطع طريق، أو انهيار جسر، ويكون من بين المتضررين المتعاقد، أما العيب الطارئ فهو خاص بالمتعاقدين، سواء أكان من آفة سماوية، أم بفعل الإنسان.

6. العيب الطارئ متفق على اعتباره، بخلاف العذر الطارئ[4].

7. العذر يختلف من حالة إلى حالة، وتنظر كل قضية على حده، بخلاف العيب الطارئ، فإنه منضبط، فما إعتبره أهل الخبرة نقصًا في المنفعة فهو عيب، كانهدام جزء من الدار،ويتضح ذلك جليًا،من خلال القضية المقدمة إلى محكمة التمييز الكويتية[5]، المرفوعة من شخص ضد الحكومة، حيث إنه آجر الحكومة مبنى لسكن موظفيها، ولم تدفع الحكومة الأجرة، عن فترة الغزو العراقي للكويت، وجاء في دفاع الحكومة أن فترة الغزو يعتبر عذرًا، وظرفًا طارئًا، لا تستحق به الأجرة، مع ذلك جاء الحكم لصالح الشخص، وجاء في حيثيات الحكم أن فترة الغزو لا تنطبق عليها نظرية الظروف الطارئة، فلم تمنع حالة الحرب الحكومة من الاستفادة من المبنى،وعليه فإنه ينظر إلى كل قضية على حدة، فالعذر يمكن أن يطبق على حالة دون حالة أخرى، باختلاف ظروف كل قضية.

الفرع الثاني

الجائحة

لبيان الفرق بين العيب الطارئ والجائحة،فلا بد – بدايةً - من الحديث عن الجائحة، وبيان ماهيتها، ومشروعيتها؛ لنستطيع الوقوف على الفروق بين العيب الطارئ والجائحة.

---

(1) السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج2، ص360.

(2) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج5، ص 128.

(3) الموصلي، **الإختيار تعليل المختار**، ج2، ص61.

(4)وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ط2، 45م، دار السلاسل، الكويت، من 1404هـ إلى 1427هـ، ج1، ص275.

(5) مركز تصنيف الأحكام القضائية، جامعة الكويت، من خلال الموقع الرسمي لجامعة الكويت kw. ccda. kuniv.edu ، راجع: الملحق رقم 1.

تعريف الجائحة:

الجائحة لغة: [1].

يدور معنى الجائحة في اللغة على الشدة،والهلاك،والمصيبة، والنازلة العظيمة التي تصيب المال، فتهلكه [2]، وتبين للباحث أن الجائحة تؤدي إلى هلاك الشيء،كله أو بعضه، بخلاف العيب الذي يؤدي إلى إنقاص المنفعة، وهناك تقارب من حيث الحدوث،فالجائحة تحدث فجأة وكذلك العيب الطارئ.

الجائحة اصطلاحا:

اختلف تعريف الجائحة عند الفقهاء باختلاف أحكامها عندهم، حيث قصرها البعض على الآفات السماوية، وتوسع البعض ليضيف فعل الآدمي أيضًا، ويعتبره جائحة.

الحنفية:

لم يجد الباحث تعريفًا للجائحة عند الحنفية، إلا ما قاله صاحب البناية: "الجوائح جمع جائحة، وهي الشدة التي تجتاح المال من سنة، أو فتنة"[3]، وهذا هو التعريف اللغوي للجائحة عند الرازي كما مر معنا، وجاء تعريف صاحب البناية في معرض كلامه - رحمه الله - عن بيع العرايا، وهو ليس مفهوم الجائحة عند الحنفية، فإن الحنفية وإن لم أجد تعريفًا للجائحة عندهم، إلا أنهم بينوا المقصود منها، فقد جاء عند ابن عابدين: "أصاب الزرع آفة فهلك، أو غرق، ولم ينبت، لزم الأجر"[4] وفي درر الحكام: " وتلف المبيع قبل القبض له خمس صور: أن يكون بآفة سماوية"[5]، وهم قد حصروا الجائحة بالآفة السماوية دون فعل الآدمي[6].

---

(1) ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، ج1، ص492، وراجع: الأزدي، محمد بن الحسن، (ت:321هـ)، **جمهرة اللغة**، ط.1، 3.م، (تحقيق: رمزي منير البعلبكي)، دار العلم للملايين، بيروت، 1987م، ج1، ص442، وراجع: الرازي، **مختار الصحاح**، ج1، ص49، وراجع: ابن منظور، **لسان العرب**، ج2، ص432.

(2) المطيرات، عادل مبارك، **أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظرية الضرورة والظروف الطارئة**، أطروحة دكتوراه، كلية دار العلوم جامعة، القاهرة، 2001م، ص5.

(3) العيني، **البناية شرح الهداية**، ج8، ص155.

(4) ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ج6، ص76.

(5) حيدر، **درر الحكام**، ج1، ص233.

(6) المطيرات، **أحكام الجوائح**، ص8.

المالكية:

عرف ابن عرفة الجائحة بأنها: "ما أتلف من معجوز عن دفعه عادة، قدرًا من ثمر، أو نبات بعد بيعه"(1)، وجاء في كفاية الطالب: "كالبرد، والريح،والجيش يجتاح جراحهم"(2)، وبهذا فالمالكية يعتبرون ما كان من فعل الآدمي جائحة، خلافًا للحنفية، أما السارق فلا يعتبرونه جائحة؛ لأنه مقدور على دفعه(3).

الشافعية:

يرى الشافعي - رحمه الله - أن الجائحة: "من المصائب كلها، كانت من السماء، أم من الآدميين"(4)،وعرفها الجمل بقوله: "الجوائح: جمع جائحة وهي العاهة، والآفة؛ كالريح، والشمس"(5)، وتعريفه للجائحة يدل على اعتبار الآفة السماوية، ولا يعتبر فعل الآدمي جائحة، والنووي حصرها بالآفة السماوية، قال -رحمه الله-: "الآفة السماوية دون غيرها؛ كحر، أو برد، أو جراد، أو حريق"(6)، وهذا يدل على أن الشافعية- رحمهم الله- لا يرون فعل الآدمي من الجوائح إلا ما ورد في تعريف الشافعي رحمه الله(7).

الحنابلة:

أما الحنابلة، فقد قال ابن قدامة أن الجائحة هي: "كل آفة لا صنع للآدمي فيها؛ كالريح، والبرد، والجراد، والعطش"(8)، وعرفها ابن مفلح بقوله: "الجائحة كل آفة سماوية لا فعل للآدمي فيها؛ كالريح، والحر، والبرد، والعطش"(9)، ومن تعريفهم لها يتضح عدم اعتبار فعل الآدمي جائحة.

---

(1) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج4، ص182.

(2) العدوي، علي بن أحمد، (ت: 1189هـ)، **كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني**، د.ط، 2.م، (تحقيق: يوسف البقاعي)، دار الفكر، بيروت، 1412هـ، ج2، ص281.

(3) المصدر نفسه، ج2، ص281.

(4)الشافعي، محمد بن إدريس، (ت:204)، **الأم**، د.ط، 8.م، دار المعرفة، بيروت، 1990م، ج3، ص59.

(5) الجمل، **حاشية الجمل**، ج3، ص206.

(6) النووي، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**،ج3، ص564.

(7) المطيرات، **أحكام الجوائح**، ص113.

(8) ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص86.

(9) ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، (ت: 884)، **المبدع في شرح المقنع**، ط.1، 8.م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م، ج4، ص165.

وبهذا نستطيع القول- ومن خلال التعريف الاصطلاحي للجائحة- أنها متعلقة بالثمار دون غيرها[1]، بخلاف العيب الطارئ الذي يشمل كل عيب، سواء أكان من أفعال العاقدين أم من غيرها، وسواء أكان بآفة سماوية،أم بفعل آدمي، وسواء أكان بالثمار أم بغيرها.

مشروعية الجائحة:

الأخذ بوضع الجوائح[2]مشروع بالكتاب والسنة،أما دليل ذلك من الكتاب فقوله- جل وعلا-: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء، 29].

ووجه الدلالة من الآية أن الله حرم أكل المال بغير حق، وأكل المال في مقابل ما أتلف بسبب الجائحة، من أكل أموال الناس بغير حق[3].

وفي السنة النبوية نجد حديث جابر بن عبد الله- رضي الله عنه- أن النبي صلى الله عليه وسلم **"**أمر بوضع الجوائح**"**[4] .

ووجه الدلالة أن الحديث واضح في اعتبار وضع الجوائح[5].

ويمكن للباحث أن يبين الفرق بين الجائحة والعيب الطارئ من خلال حكم الجائحة على النحو الآتي:

أولا- اختلافهم في وضع الجوائح[6]:

فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: عدم وضع الجائحة عن المشتري وتعتبر من ضمانه، وهو ما ذهب إليه الحنفية، والشافعية، والظاهرية[1].

(**1**) **الموسوعة الفقهية الكويتية،** ج3، ص450.

(2) وضع الجوائح هو ما يجب أن يضعه البائع من قيمة العين المباعة عن المشتري، بسبب ما أصابها من جائحة، راجع:ابن بطال ، أبو الحسن علي بن خلف،(ت: 449هـ)،**شرح صحيح البخاري**،ط.2، 10.م،(تحقيق: ياسر إبراهيم)،مكتبة الرشد، الرياض، السعودية،2003هـ،ج6، ص321.

(3) المطيرات، **أحكام الجوائح،** ص 19.

(4) مسلم، مسلم بن الحجاج، (ت: 261هـ)، **صحيح مسلم**، د.ط، 5.م، (تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، باب وضع الجوائح، ج3، ص1191، حديث رقم 1554،باب وضع الجوائح

(5) المطيرات، **أحكام الجوائح**، ص20.

(6) معنى وضع الجوائح هو أن المشتري لا يجب عليه دفع المال مقابل ما تلف بسبب الجائحة، راجع: القرافي، **الذخيرة**،ج5،ص213.

القول الثاني: يجب وضع الجوائح، ويضمن البائع ما أهلكته الجائحة، وهو قول مالك في ما كان أكثر من الثلث، والشافعي في القديم، وأحمد[2].

وكذلك اعتبروا العطش من الجوائح،فقد جاء في البداية: "وأما العطش - كما قلنا- فلا خلاف بين الجميع أنه جائحة، فإنه يؤخذ بوضع الجائحة فيه"[3]، وجاء في نيل الأوطار: " ولا خلاف أن البرد،والقحط، والعطش، جائحة"[4].

ومن مجرد نقل أقوال الفقهاء في المسألة، يتبين للباحث فرق بين العيب الطارئ، والجائحة، فالعيب الطارئ معتبر عند الجميع بخلاف الجائحة.

ثانيا - اختلافهم في فعل الآدمي كالسرقة هل هو جائحة أم لا؟

للفقهاء في هذه المسألة قولان:

القول الأول: أن السرقة من الجوائح وهو قول ابن القاسم في المدونة[5]وبعض المالكية[6] وقول عند الشافعية[7] ووجه عند الحنابلة[8].

القول الثاني: أن السرقة ليست من الجوائح وهو قول أكثر المالكية [9]وهو قول عند الشافعية [10]ومذهب الحنابلة[11].

---

(1) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 5، ص239، وراجع: الشربيني، **مغني المحتاج**، ج2، ص92. وراجع: ابن حزم، علي بن أحمد، (ت:456)، **المحلى بالآثار**، د.ط، 12.م، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ت، ج7، ص379.

(2) مالك، مالك بن أنس، (ت:179)، **المدونة**، ط.1، 4.م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994م، ج3، ص581، وراجع: الماوردي، **الحاوي**، ج5، ص205، وراجع: ابن مفلح، **المبدع**، ج4، ص165.

(3) ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ج3، ص203.

(4) الشوكاني، محمد بن علي، (ت: 1250هـ)، **نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار**، ط.1، 8.م، (تحقيق: عصام الدين الصبابطي)، دار الحديث، مصر،د.ت، ج5، ص 210.

(5)مالك، مالك بن أنس بن مالك، (ت: 179هـ)، **المدونة** ،ط.4،1م، دار الكتب العلمية، بيروت،1994م،ج3، ص519.

(6) الصاوي، **حاشية الصاوي**،ج3، ص244.

(7)العمراني،يحيى بن أبي الخير بن سالم،(المتوفى: 558هـ)، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**،ط.1، 13.م، قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة،2000 م،ج5 ،ص390.

(8)ابن مفلح، **المبدع شرح المقنع**،ج4 ص166.

(9) الصاوي، **حاشية الصاوي**،ج3، ص244.

(10)العمراني، **البيان في مذهب الإمام الشافعي** ،ج5 ،ص390.

(11)ابن مفلح، **المبدع شرح المقنع**،ج4 ص166.

ويرى الباحث أن هذا فرق جوهري بين الجائحة والعيب الطارئ؛ لأن الجائحة خاصة بالآفة السماوية عند بعض الفقهاء،بخلاف العيب الطارئ الذي اتفق الفقهاء[1] عليه سواء أكان من فعل آدمي،أم من غير فعله، كالآفة السماوية.

يتبين مما سبق أن أوجه الاتفاق بين الجائحة والعيب الطارئ هي كما يأتي:

1. كلاهما يأتي سماويًا أو آدميًا، مع الأخذ بالاعتبار خلاف الفقهاء في الجائحة بسبب فعل الآدمي[2].
2. كما يتفقان في الهدف، وهو رفع الحرج والمشقة، وتحقيق العدالة[3].
3. كلاهما لا يؤثر في العقد إذا كان يسيرًا[4].

أوجه الاختلاف:

1. الجائحة توجب فسخ العقد فيما أصابته، والعيب الطارئ يوجب الخيار بين الفسخ وإمضاء العقد.
2. الجائحة تهلك المعقود عليه أو بعضه[5]، بخلاف العيب الطارئ الذي ينقص المنفعة.
3. العيب يمكن التحفظ منه، بخلاف الجائحة التي لا يمكن التحفظ منها[6].
4. وضع الجوائح مختلف فيه، بخلاف العيب الطارئ.
5. وضع الجائحة خاص في البقول والثمار، بخلاف العيب فإنه معتبر في كل أنواع الإجارة.

أما في القانون الكويتي لم يرد فيه اعتبار الجائحة بخصوصها، وإنما نظر إلي المسألة من باب نظرية الظروف الطارئة[7].

---

(1) **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ج1، ص275.
(2) راجع، ص34 من هذا البحث.
(3) بوكماش، محمد، **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، 2012 م، ص298.
(4) إبن جزي، محمد بن أحمد، (ت: 741هـ)، **القوانين الفقهية**، د.ط، م.1، د.ت، ج1، ص173.
(5)المطيرات، **أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي** ، ص5.
(6) ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ج3، ص203.
(7) الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، **(القانون المدني)**، ج 4،ص64، المادة (198).

الفرع الثالث

نظرية الظروف الطارئة

لم يجد الباحث تعريفًا لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي القديم؛ لأن الفقهاء لم يعتنوا ببحث النظريات العامة، بل كانوا يتناولون كل مسألة على حدة، أما الفقهاء المعاصرون، فقد عرفها قباني بأنها: "كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بيّن في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجب العقد، يرهقه إرهاقًا شديدًا، ويتهدد بخسارة فادحة عن الحد المألوف في خسائر التجارة"(1).

أما في القانون الكويتي، فقد جاء في المادة(198) بأنها: "إذا طرأت بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقًا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيّق من مداه أو يزيد في مقابله، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"(2)، ويفهم منها أن الظرف الطارئ يكون حادثًا استثنائيًا عامًا، وغير متوقع(3).

وتقوم نظرية الظروف الطارئة على إعادة توازن العقد،وتخفيف الضرر الواقع على أحد المتعاقدين، فتؤدي إلى تحقيق العدالة بينهما، قال الزحيلي: "وهي في الأصل تقوم على إسعاف المتعاقد المنكوب، الذي اختل توازن عقده اقتصاديًا، مما قد يجره إلى الهلاك، فهي إذن تهدف إلى تحقيق العدالة في العقود، ورفع الغبن عنها"(4).

ويرى الباحث من خلال التعريف أن هناك تشابهًا بين كل من العذر، والجائحة، والظرف الطارئ؛ لأنها- جميعها- تلتقي في أمور كثيرة، مثل أن يكون الحدث عامًا، ومفاجئًا، لا يمكن دفعه، ويترتب على الاستمرار بأي منها ضرر على أحد العاقدين.

---

(1) قباني، محمد رشيد، **نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي،مجلة دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني،1989م،ص171.

(2) الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، **(القانون المدني)**، ج 4، ص64.

(3) الغنانيم، **العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي** ، ص316.

(4) الزحيلي، **نظرية الضرورة**، ص316.

قال المطيرات: "ومن أنواع الظرف الطارئ، الحوادث الطبيعية، وفعل الآدمي، والآفات الزراعية"[1].

أوجه الاختلاف:

1. العيب الطارئ، يوجب إزالة كل ضرر، اقتصادي، أو اجتماعي أو، نفسي، كما مر معنا، أما الظروف الطارئة فتقتصر على إزالة الضرر الاقتصادي فقط، دون الالتفات إلى أي اعتبارات أخرى[2]، ويتضح جليًا هذا الفرق من خلال حكم محكمة التمييز رقم 90/68،[3] حيث جاء في حيثيات الحكم،أن أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، وأن معيار حساب الخسائر في هذه الحالة، معيار موضوعي يتعلق بالصفقة محل التعاقد، وليس ذاتيًا بالنسبة إلى شخص المدين وظروفه، بينما العيب الطارئ، يتعلق بمحل العقد وهي المنفعة.
2. العيب الطارئ، قد يترتب عليه استحالة تنفيذ العقد، بينما نظرية الظروف الطارئة، لا تطبق إلا في حالة استحالة تنفيذ الالتزام، وإذا أصبح تنفيذ العقد مرهقًا[4]، والعيب الطارئ يقع على محل العقد الذي هو المنفعة، أما في الظروف الطارئة فإن محله هو الالتزام ذاته[5].

---

(1) المطيرات، **أحكام الجوائح**، ص68.

(2) الغنانيم، **العذر وأثره**، ص322، بتصرف.

(4) **مجلة القضاء والقانون**، مجلة دوريه تصدر عن المكتب الفني بمحكمة التمييز، دولة الكويت، وزارة العدل عن الفترة من 1990/5/1 إلى 1991/12/31،لسنة 1966م،ص 188،راجع: ملحق 2.

(4) المصدر نفسه،.188

(5) المطيرات، أحكام الجوائح، ص78.

الفصل الثاني

أثر العيب الطارئ في الإجارة التشغيلية

وفيه أربعة مباحث:ـ

المبحث الأول:ـ تعريف الإجارة التشغيلية وخصائصها وأسباب ضمانها.

المطلب الأول:ـ تعريف الإجارة التشغيلية وخصائصها

المطلب الثاني:ـ أسباب الضمان في الإجارة التشغيلية

المبحث الثاني:ـ أثر العيب الطارئ الناشئ عن إخلال المؤجربالتزاماته.

المطلب الأول:ـ التزامات المؤجر

المطلب الثاني:ـ جزاء إخلال المؤجر بالتزاماته

المبحث الثالث:ـ أثر العيب الطارئ الناشئ عن إخلال المستأجر بالتزاماته.

المطلب الأول:ـ التزامات المستأجر

المطلب الثاني:ـ جزاء إخلال المستأجر بالتزاماته.

المبحث الرابع:ـ أثر العيب الطارئ في إجارة الموصوف في الذمة في الإجارة التشغيلية.

المطلب الأول:ـ مفهوم إجارة الموصوف في الذمة.

المطلب الثاني:ـ أثر العيب الطارئ في إجارة الموصوف في الذمة.

الفصل الثاني

أثر العيب الطارئ في الإجارة التشغيلية

المبحث الأول

تعريف الإجارة التشغيلية وخصائصها وأسباب ضمانها

لبيان أثر العيب الطارئ في الإجارة التشغيلية لا بد أن يبين الباحث، ماهيتها، وخصائصها، وأسباب ضمان العيب الطارئ فيها.

المطلب الأول

تعريف الإجارة التشغيلية وخصائصها

سيقوم الباحث في هذا المطلب بتعريف الإجارة التشغيلية وبيان خصائصها.

الفرع الأول

تعريف الإجارة التشغيلية

عرفت الإجارة التشغيلية بأنها: "قيام المؤسسة المالية الإسلامية باقتناء أصول وموجودات، تتماشى مع احتياجات عدد كبير من الجمهور، وتتمتع بقابليتها للتسويق، إذ تقوم المؤسسة المالية بتأجير هذه الموجودات إلى أحد المستأجرين، لمدة محدودة يتفق عليها، وبانتهاء تلك المدة تعود الموجودات إلى حيازة المؤسسة المالية، لتبحث عن مستأجر جديد، وحتى يحين الوقت الذي يأتي فيه المستأجر الجديد، فإن الموجودات تظل بدون استعمال مع المؤجر وبدون إنتاج أو إيراد إيجاري، وفي هذا النطاق يتحمل المؤجر خطر تقادم المعدات"[(1)].

وعرفها الحمزاوي أيضا : "استخدام المستأجر للعين المستأجرة خلال فترة زمنية قصيرة، بالنسبة لعمرها الإنتاجي المفترض، بحيث يبقى المؤجر هو المالك لها، ويعرف هذا التأجير بتأجير الخدمات، ويعتمد المؤجر في أرباحه فيها على إعادة تأجير العين المؤجرة، أو بيعها بعد استعادتها من المستأجر عند انتهاء مدة كل عقد إجارة"[(2)].

---

(1) كامل، عمربن عبدالله،**القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية**، ص514.

(2) الحمزاوي، محمد كمال، **اقتصاديات الائتمان المصرفي**، منشأة المعارف، د.ط، م.1، الإسكندرية، مصر، 2000 م، ص423.

وقد يكون المؤجر فردًا أو مؤسسة، ولا يشترط اقتناء أو شراء الأصول والموجودات من قبل المؤجر، بل قد تنتج المؤسسة المؤجرة هذه الأصول والموجودات، وبالتالي تقع مسؤولية الصيانة وتوريد قطع الغيار عليها[1].

ومن خلال التأجير التشغيلي يتم تقديم الآلات، والأدوات الكفيلة بخدمة، وتشغيل الأشخاص، والشركات، والمؤسسات، وكل ما يحتاج إلى ذلك مثل، " تأجير السيارات،والحاسبات الإلكترونية، وآلات التصوير، والمستندات، ومعدات البناء...إلخ"[2].

ومن خلال التعريفات السابقة، لا يحق للمستأجر شراء العين المؤجرة في نهاية العقد؛ لأن العقد لا يغطي التكلفة الحقيقية للعين المستأجرة؛ مما يعفيه من تكاليف التأمين والصيانة.

الفرع الثاني

خصائص الإجارة التشغيلية

يلاحظ الباحث أن عقد الإجارة التشغيلية هو نفسه عقد الإيجار العادي، والذي تعامل به الناس،وتعارفوا عليه فيما بينهم منذ القدم[3]؛ لأنه يتضمن انتفاع المستأجر بالعين المستأجرة، دون تغيير على ملكية الأصل، حيث يكون المؤجر مالكًا،لا ممولاً، ولا بائعًا، وأصبح يسمى تشغيليًا، مقابلة لبعض الصيغ المعاصرة للإجارة مثل: (التمويل والتمليك)، وهذا يقودنا للحديث عن خصائص هذا النوع من التأجير عن غيره من الأنواع الأخرى، ومن هذه الخصائص:[4]

1. إنها لا تغطي فترة التعاقد على تأجير الأصل عمره الإنتاجي، أي الفترة التي يستخدم فيها الأصل، وإنما تغطي جزءًا من عمر الأصل.
2. إن المؤجر صاحب العين يتحمل نفقات، وتكاليف صيانة الأصل، وإصلاحه[5].

(1) الحمزاوي،**اقتصاديات الائتمان المصرفي**،ص423.

(2) ناصر، سليمان، **تطوير صيغ التمويل قصير الأجل للبنوك الإسلامية**، ط.1، م1.، جمعية التراث، الجزائر، 2002م، ص 115.

(3) ناصيف، إلياس،**عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي**،ط1.،م.1،منشورات الحلب الحقوقية، 2008م، ص113.

(4) يحيى، حسني عبد العزيز، **الصيغ الإسلامية للاستثمار في رأس المال العامل**،رسالة دكتوراه مقدمة إلي الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، 2000م، ص 35.

(5) يحيى، **عقد الليزنغ**، ص116.

المطلب الثاني

أسباب الضمان في الإجارة التشغيلية

لا بد أن يبين الباحث السبب الشرعي للضمان في الإجارة؛ لكي يحدد أثر العيب الطارئ فيها، سواء كان من قبل المؤجر، أو المستأجر.

الفرع الأول

اليد(التعدي)

يد المستأجر يد أمانة، فقد جاء في المغني: "لأن العين أمانة في يد المستأجر،إن تلفت بغير تفريط، لم يضمنها"[(1)]، وبالرغم من ذلك فهي مما اتفق على أنها سبب من أسباب الضمان [(2)]، وذلك عند التعدي والتقصير، جاء في الكافي: "وإن تلفت بعدوان؛ كضربها من غير حاجة، أو لإسرافه فيه، ضمن؛ لأنه جناية على مال الغير، وإن اكترى إلى مكان، فتجاوزه، فهلك الظهر، ضمنه؛ لأنه متعدٍ، أشبه الغاصب"[(3)].

الفرع الثاني

الإتلاف(الإهمال والتقصير)

وهو من موجبات الضمان[4]، باتفاق الفقهاء أيضا[(5)]، ولا شك أنّ في تضمين الإتلاف بالتعدي والتقصير، تحقيقًا للعدل، والإنصاف، قال ابن القيم: "فالخطأ والعمد اشتركا في الإتلاف الذي هو علة الإثم، وربط الضمان بالإتلاف من باب ربط الأحكام بمسبباتها، وهو مقتضى العدل الذي لا تتم المصلحة إلا به"[(6)]، وقال ابن عبد البر: "والأمر المجمع عليه عندنا، أن الأموال تضمن بالعمد،والخطأ"[(7)].

---

(1) ابن قدامة، **المغني**، ج5، ص311.

(2) السرخسي، **المبسوط**، ج11، ص54. وراجع: ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج2، ص237.وراجع: الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**،ج2، ص210.وراجع: ابن قدامة، **الكافي**، ج4،ص115.

(3) ابن قدامة، **الكافي**، ج2، ص329.

(4) الضمان شرعا التزام جائز التصرف ما وجب أو يجب على غيره، من حق مالي، راجع: ابن عثيمين، محمد صالح ،(ت: 1423هـ)، **الشرح الممتع شرح زاد المستقنع**،ط.1، 15.م،دار ابن الجوزي، 1422هـ،ج9، ص182.

(5) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص 164.وراجع: القرافي، **الذخيرة**،ج5، ص374.وراجع: العمراني، **البيان في مذهب الامام الشافعي**،ج 7، ص387.

(6) ابن القيم ، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ط.1، 4.م، ج2، ص161.

(7) ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، (ت: 463هـ)، **الإستذكار لمذهب فقهاء الأمصار**، ط.1، 9.م، (تحقيق: سالم محمد عطا وعلي محمد معوض)، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م، ج7، ص300.

وفي الضمان صيانة مصالح، وحفظ أموال، وخاصة في تعدي وتفريط الصناع، والأجراء، وتحديدًا الأجير المشترك منهم؛ لأنه لا يد لأحد في عمله،حتى يكون سببًا فيما يحدث من تلف، وفي التضمين مزيد من الإتقان والعناية، وقد روي أن عليًا-رضي الله عنه- كان يضمن الأجراء، ويقول:" لا يصلح الناس إلا هذا" [1]، بخلاف الأجير الخاص؛ لأن وجوب الضمان عليه لجناية يده، كالعدوان[2].

(1) رواه البيهقي في معرفة السنن والآثار وذكر قول الشافعي رحمه الله"وقد روي من وجه لا يثبت أهل الحديث مثله". راجع: البيهقي، أحمد بن الحسين، (ت: 458هـ)، **معرفة السنن والآثار**، ط.1، 15.م، (تحقيق: عبد المنعم أمين قلعجي)، الناشرون جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان ودار الوعي، حلب، دمشق، 1991هـ، ج8، ص388، الأثر رقم 12120،وقد ضعفه.

(2) ابن قدامة، **المغني**، ج6، ص117.

المبحث الثاني

أثر العيب الطارئ الناشئ عن إخلال المؤجر بالتزاماته

سيبين الباحث في هذا المبحث، التزامات المؤجر في الفقه والقانون، وأثر العيب الطارئ الناشئ عن إخلاله بها.

المطلب الأول

التزامات المؤجر

الشرع، والقانون ألزما المؤجر بتسليم العين المؤجرة، خالية من العيوب، كذلك بإصلاحها، وضمان استيفاء المنفعة،خالية من العيوب، وألزماه – كذلك - بكل ما يتلف من أجزاء العين المؤجرة، المعهود عنها، طول المدة، ويكون تلفها أمرًا عرضيًا، ويعتبر ضامنًا لكل ذلك، فالحنفية أوجبوا على المؤجر تسليم العين المؤجرة(1)،وصيانتها، فإن أبا المؤجر فإن للمستأجر حق الفسخ، إلا أن يكون قد استأجرها وهي كذلك ، ورضي بما فيها من العيب، ولكن لا يجبر المؤجر على إصلاح المعيب، لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه، فإن رضي المستأجر بالعيب وإلا له حق الفسخ(2)، والمالكية كذلك يرون وجوب الصيانة على المؤجر (3).وهو قول الشافعية قال الرملي: "وعمارتها على المؤجر، الشاملة لنحو تطيين سطح،وإعادة رخام قلعه هو، أو غيره، كما هو ظاهر، ولا نظر لكون الفائت به مجرد الزينة؛ لأنها غرض مقصود، ومن ثم امتنع على المؤجر ابتداءً، وإن احتاجت لآلات جديدة، فإن بادر وأصلحها... فذاك، وإلا بأن لم يبادر، فللمكتري قهرًا على المؤجر الخيار، إن نقصت المنفعة بين الفسخ والإبقاء، لتضرره...، ويلزم المؤجر –أيضا- انتزاع العين ممن غصبها، حيث قدر على تسليمها ابتداء، أو دوامًا، إن أراد دوام الإجارة، وإلا فللمكتري الخيار..."(4)، وأما الحنابلة فأكدوا على مسؤولية المؤجر عن الصيانة ، لكنهم قالوا بها جبرًا لا اختيارًا، واعتبروا أن صيانة العين المؤجرة أمر واجب عليه، بموجب العقد، وإخلاله بهذا الواجب يترتب عليه التزامات شرعية، تثبت للمستأجر حقوقًا وصلاحيات، وقالوا بتجريده في العقد من حق الاشتراط على المستأجر بتخليته من مسؤولية الصيانة، وأفسدوا ذلك إن وجد في

---

(1) السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج2، ص347.

(2) ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ج2، ص 300.

(3) الحطاب، محمد بن محمد، (ت: 954)، **مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل**، ط.3، 6.م، دار الفكر، بيروت، 1992م، ج5، ص444.

(4) الرملي، محمد بن عباس، (ت: 1004هـ)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ط. أخيرة، 8.م، دار الفكر، بيروت، 1984م، ج5، ص 298، وراجع: الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج7، ص400.

العقد، فاشتراط المؤجر عمارة العين المؤجرة على المستأجر- عند الحنابلة - لا يصح بحال، ولو شرط المؤجر ضمان العين المؤجرة على المستأجر، فالشرط فاسد[1].

وهكذا يتقرر مما سبق أن أعمال الصيانة يقوم بها مالك العين، وأكد الحنابلة هذا بعدم صحة اشتراطها على المستأجر عندهم، وليس له أثر شرعي، بل هو شرط باطل، ولا يثبت لمالك العين حقًا عند المستأجر[2].

وقد تناول القانون الكويتي مسألة التزام المؤجر بما يحفظ حق المستأجر في الانتفاع بعين سليمة، تحقق مصالحه، فقد ألزم المؤجر بتسليم العين المستأجرة صالحة للانتفاع وصيانتها، وضمان ذلك،والتعويض في حالة الإخلال.

وقد جاءت المادة (569)[3] مؤكدة لذلك، ولم تكتف بالعين المستأجرة فحسب،بل امتدت لتشمل ملحقاتها:" يلتزم المؤجر بتسليم المأجور وملحقاته، في حالة يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة".

وهذا إلزام للمؤجر منذ بداية العقد، وقبل التسليم، وتمكين لحق المستأجر في استيفاء المنفعة، وبناء على ذلك، أجاز القانون الكويتي للمستأجر المطالبة بفسخ عقد الإيجار، أو إنقاص الأجرة والتعويض، إذا لم يقم المؤجر بتسليم العين المستأجرة،صالحة للانتفاع الكامل بها، إذ نصت المادة (570)[4] من القانون الكويتي على أنه: "إذا كان المأجور وقت التسليم في حالة لا يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة، أو إذا كان من شأن حالته نقص هذه المنفعة نقصًا كبيرًا، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد، أو إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من قيمة المنفعة،مع التعويض في الحالتين، إن كان له مقتضٍ، وذلك دون إخلال بحقه في إلزام المؤجر بالقيام بما يلزم من الإصلاحات اللازمة؛ لتمكينه من الانتفاع المقصود".

وقد يحتاج المستأجر إلى إضافة ما يمكنه من الانتفاع المطلوب من أجهزة، أو تركيبات، من غير إضرار أو إنقاص من قيمة العين المستأجرة، فعلى المؤجر في هذه الحالة عدم منعه، بل إن القانون الكويتي ألزمه بإجراء ذلك، إن لزم تدخله، وحمّله نفقة ما يقوم به المستأجر، إن لم يتدخل، وهذا ما نصت عليه المادة (591) من القانون المدني الكويتي[5]: "يجوز للمستأجر أن يضع في

---

(1) ابن قدامه، المغني، ج6، ص36. وراجع، السيوطي، مصطفى بن سعد،(ت، 1243هـ)،**مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**،ط.6،2.م، المكتب الإسلامي، 1994م، ج3، ص653.

(2) المصدر نفسه،ج3،ص653.

(3) الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، **(القانون المدني)**، ج4، ص157.

(4) المصدر نفسه، ص157.

(5) المصدر نفسه، ص162.

المأجور أجهزة أو تركيبات، تكفل له الانتفاع المقصود، ما دامت الطريقة التي توضع بها متفقة مع الأصول السليمة، وذلك ما لم يكن في وضع هذه الأجهزة أو التركيبات إضرار بالمأجور، أو إنقاص من قيمته، فإذا كان تدخل المؤجر لازمًا لإجراء شيء من ذلك، كان للمستأجر أن يقتضيه منه،على أن يتحمل ما ينفقه المؤجر".

وعدا عن التزام المؤجر بالتسليم المحقق للمنفعة، فإنه ملزم – أيضًا- بضمان ما يحدث في العين المستأجرة، من عيوب لها أثر في تحصيل المنفعة، ويضمن ما اكتشف فيها من عيوب قديمة خافية، ولم يُحط المستأجر علمًا بها عند العقد،ويصعب تبيانها إلا بجهد خبير.

فقد جاء في المادة (582)[1] من القانون المدني الكويتي أنه: "يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في المأجور من عيوب، تحول دون الانتفاع به، أو تنقص من هذا الانتفاع إنقاصًا كبيرًا، ولا يضمن عيبًا جرى العرف على التسامح فيه، كما أنه لا يضمن عيبًا كان المستأجر يعلم به وقت التعاقد، أو كان يستطيع أن يستبينه، لو أنه فحص المأجور بما ينبغي من العناية، إلا إذا أثبت المستأجر أن المؤجر قد أكد له خلو المأجور من هذا العيب، أو أنه قد تعمد إخفاءه عنه".

ومع أن هذه المادة ألزمت المؤجر بضمان العيوب، إلا أنها لم تكن على إطلاقها، فقد أعفته من عيوب غير مؤثرة أو تسامح بها العرف، وكذلك من عيوب علم بها المستأجر وقت العقد، ومن أمثلة كون العيب مؤثرًا في تحقق المنفعة: رطوبة المنزل رطوبة تضر بالصحة، أو وجود حشرات ضارة، لا سبيل إلى التخلص منها[2]، ومن أمثلة ما جرى في العرف التسامح فيه: "وجود الحشائش في الأرض الزراعية إذا لم يكن من العسير إزالتها، ورطوبة الدار بدرجة مألوفة، أو عدم دخول الشمس الدار في فصل الشتاء"[3].

ويعتبر العيب خفيًا،حتى ولو بذل المستأجر جهده لاكتشافه، ولكنه لم يكتشفه فعلاً، بشرط: "أن يكون المؤجر قد أكد خلو العين المستأجرة من العيوب، أو تعمد إخفاءها"، وتقع مسؤولية إثبات علم المستأجر بالعيب على المؤجر"[4]؛ لأن المفروض في المستأجر أنه يجهل العيب بسبب خفائه[5]، ولو علمه لامتنع عن إتمام العقد، وكذلك فإن علم المؤجر بوجود العيب وقت العقد،لا يعفيه من التزامه، فسواء علم بوجوده أم لم يعلم، فهو ضامن ملتزم بإصلاحه.

---

(1)الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، **(القانون المدني)**، ج4، ص160.
(2) الشرقاوي، جميل، **شرح العقود المدنية**، ط.1، م1.، دار النهضة العربية، 1997م،ص 150.
(3) المصدر نفسه،ص150.
(4) مرقس، سليمان، **شرح القانون المدني (العقود المسماة)**، ط.4، م.1، القاهرة، 1985م، ص 424.
(5) العامري، سعدون، **الوجيز في العقود المسماة عقدي البيع والإجارة**، ط. بغداد، 1974م، ص 263.

وكون العيب مؤثرًا أو غير مؤثر،يعود إلى تقدير القاضي، ومراعاته للعرف في محيط المأجور [1]، وعدا عن التزام المؤجر في العقد بتسليم العين المستأجرة سليمة، وإلزامه بضمان ما يظهر فيها من عيوب، فقد ألزمه القانون بصيانة العين المستأجرة.

المادة رقم 572[2]: " يلتزم المؤجر أن يتعهد المأجور بالصيانة؛ ليبقى في حالة يصلح معها للانتفاع المقصود، وذلك بالقيام أثناء مدة الإيجار بجميع الإصلاحات الضرورية، طبقًا لما يقضي به العرف، ما لم يتم الاتفاق على غيره".

ويرى الباحث أن القانون خالف الشرع في موضوع جواز الاتفاق على أن تكون صيانة العين المستأجرة على المستأجر، قال اليعقوب: "وتجدر الإشارة إلى أن مسألة التحمل بالإصلاحات الضرورية أو التأجيرية ليست متعلقة بالنظام العام، فيجوز أن يتفق المؤجر والمستأجر على أحكام مخالفة لما نص عليه القانون، فيجوز أن يتفقا على أن يتحمل المستأجر الترميمات الضرورية"[3]، ويظهر ذلك جليًا في حكم محكمة الاستئناف الكويتية[4]، حيث إنها أيدت الحكم الابتدائي بعدم إلزام المؤجر بدفع قيمة وحدة التكييف؛ لأن المؤجر اشترط في العقد أن تكون الصيانة على المستأجر، والعقد شريعة المتعاقدين، وهذا الشرط لا يخالف النظام العام.

والأولى أن تعدل المادة رقم 572[5] من القانون الكويتي "يلتزم المؤجر أن يتعهد المأجور بالصيانة؛ ليبقى في حالة يصلح معها للانتفاع المقصود، وذلك بالقيام أثناء مدة الإيجار بجميع الإصلاحات الضرورية، طبقًا لما يقضي به العرف، ما لم يتم الاتفاق على غيره"، لتكون (.... ولا يجوز الاتفاق على غير ذلك).

المطلب الثاني

جزاء إخلال المؤجر بالتزاماته

سبق الحديث عن أهم التزامات المؤجر وهي:

1. تسليم العين المستأجرة، سليمة، وصالحة، وتمكن للمستأجر من الانتفاع بها.
2. صيانة العين المؤجرة.

---

(1)العامري،**الوجيز في العقود المسماة عقدي البيع والإجارة**، ص 233.

(2) الفتوى والتشريع،مجموعة التشريعات الكويتية،(**القانون المدني)**،ج4،ص158.

(3) اليعقوب، **عقد الإيجار وفقا للقانون المدني**، ص94.

(4) مركز تصنيف الأحكام القضائية، جامعة الكويت، من خلال الموقع الرسمي لجامعة الكويت edu.kw. ccda . kuniv، راجع الملحق رقم 3.

(5) الفتوى والتشريع،مجموعة التشريعات الكويتية،(**القانون المدني)**،ج4،ص158.

3. ضمان العيوب إذا لم تكن بفعل المستأجر.

الفرع الأول

صيانة العين المستأجرة

يترتب على المؤجر إذا لم يف بالتزاماته تبعات شرعية وقانونية، تعيد العقد إلى توازنه، وتحفظ حقوق المتعاقدين؛ لذلك سوف يقوم الباحث بدراسة أثر العيب الطارئ في الحالات الآتية:

1. إذا طرأ عيب بعد عقد الإجارة وقبل التسليم:

وردت أقوال الفقهاء في هذه المسألة على النحو الآتي:

جاء في البدائع عن العيب قبل التسليم: " فإذا حدث عيب بالمستأجر، كان هذا عيبًا حدث بعد العقد قبل القبض، وهذا يوجب الخيار في بيع العين كذا في الإجارة، فلا فرق بينهما من حيث المعنى، وإذا ثبت الخيار للمستأجر، فإن لم يفسخ ومضى على ذلك إلى تمام المدة فعليه كمال الأجرة، لأنه رضي بالمعقود عليه مع العيب؛ فيلزمه جميع البدل، كما في بيع العين إذا اطلع المشتري على عيب فرضي به، وإن زال العيب قبل أن يفسخ، بأن صح العبد، وزال العرج عن الدابة، وبنى المؤجر ما سقط من الدار، بطل خيار المستأجر؛لأن الموجب للخيار قد زال والعقد قائم، فيزول الخيار"[(1)].

وقال الماوردي: " إذا كان ذلك قبل تسليم العبد، وإقباض الدار، فلا خلاف أن الإجارة قد بطلت، والأجرة المسماة فيها قد سقطت، فإن كان المؤجر قد قبضها فعليه ردها؛ لأن ما تضمنه العقد مضمون على عاقده ما لم يسلمه،كالمبيع مضمون على بائعه ما لم يسلمه "[(2)]،وقال في المغني: " وإذا اكترى عينًا، فوجد بها عيبًا لم يكن علم به، فله فسخ العقد، بغير خلاف نعلمه"[(3)].

ومن خلال النقولات السابقة، يتبين للباحث أن أثر العيب الطارئ قبل التسليم له ثلاث حالات:

1. إذا لم يرضَ المستأجر بالعيب، فله الفسخ.
2. إذا زال العيب قبل الفسخ، فلا خيار له.
3. إذا رضي بالعيب، واستمر بالعقد،فيلزمه تمام الأجرة.

---

(1) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4، ص196.
(2) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج7، ص398.
(3) ابن قدامة، **المغني**، ج6 ص35.

أما القانون فقد خالف الفقه في هذه المسألة، حيث توسع فيها، فخيّر المستأجر بين الفسخ، أو إنقاص الأجرة، أو التنفيذ العيني، جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي(1): "فإن لم يقم المؤجر بتسليم المأجور تسليمًا صحيحًا، بأن سلمه غير كامل، أو بغير ملحقاته، أو سلمه في حالة لا يكون فيها صالحًا للانتفاع الذي أجر من أجله... فإنه يكون للمستأجر- في جميع هذه الأحوال - أن يطلب فسخ العقد، أو إنقاص الأجرة، بقدر ما نقص من الانتفاع،مع التعويض في الحالين إن كان له مقتض، وكل ذلك دون الإخلال بحقه في طلب التنفيذ العيني".

يرى الباحث أن ذلك مما ينافي العدالة، فيكفي أن يعطى حق الفسخ؛ خاصة بأنه لم يستلم بعد المعقود عليه.

2. إذا كان العيب الطارئ بعد التسليم ولم يكن للمستأجر يد في ذلك:

فيه ثلاث أحوال:

أولاً- الفسخ،

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن العيب إذا حدث بعد التسليم، فإن للمستأجر حق الفسخ، إلا إذا زال العيب فليس له ذلك.

قال الزيلعي من الحنفية: "ولو استأجر دارين فسقط من أحدهما حائط، أو منع مانع من أحدهما، أو وجد في أحدهما عيب ينقص السكنى، فله أن يتركهما جميعًا،إذا كان عقد عليهما عقدًا واحدًا...؛ لأن العقد يقتضي سلامة البدل، فإذا لم يسلم فات رضاه، فله أن يفسخ كما في البيع"(2).

قال القيرواني من المالكية، بالفسخ قياسًا على البيع أيضًا، وجاء في تهذيب المدونة: "ومن استأجر عبدًا للخدمة، فألفاه سارقًا، فهو عيب يرد به كالبيع... والعبد المستأجر يمرض مرضًا بينًا، أو يأبق، أو يهرب إلى بلد الحرب، فإن الإجارة تفسخ، ولو رجع، أو أفاق في بقية المدة، لزمه تمامها"(3).

وقال العمراني من الشافعية: "كذلك إذا حدث العيب في العين المستأجرة في يد المستأجر، فله أن يردها؛ لأن العين في يد المستأجر كالعين في يد المؤاجر، فإذا ثبت له الرد فيما كان موجودًا في يد المؤاجر، فكذلك بما أحدث في يد المستأجر"(4).

---

(1) الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، **(المذكرة الايضاحية)**، ج4، ص407.
(2) الزيلعي، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج8، ص40.
(3) القيرواني، خلف بن أبي القاسم، (ت: 372هـ)، **التهذيب في اختصار المدونة**، ط.1، 4.م، (تحقيق: محمد أمين)، دار البحوث والدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 2002م، ج3، ص371.
(4) العمراني، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، ج7،ص361.

والحنابلة أيضا، شبهوا عيب الإجارة بالعيب في بيوع الأعيان، فإذا وجد قبل القبض ولم تتم إزالته بلا ضر على المؤجر فالفسخ، إلا إذا رضي المستأجر بلا تعويض، قال ابن قدامة: "وهي عقد لازم(أي الإجارة) ليس لواحد منهما فسخها؛ لأنها بيع فأشبهت بيوع الأعيان، إلا أن يجد العين معيبة فيملك الفسخ بما يحدث من العيب؛ لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا بالاستيفاء فهي كالمكيل يتعيب قبل قبضه، فإن بادر المكتري إلى إزالة العيب من غير ضرر يلحق المستأجر، كدار تشعثت، فأصلحها،فلا خيار للمستأجر؛ لعدم الضرر؛ وإلا فله الفسخ"[1].

وكذلك القانون الكويتي، مع أنه قد منح المستأجر خياري الفسخ، أو إنقاص الأجرة، فكذلك يحق له أن يطالب بالتنفيذ العيني[2]، وينص القانون المدني الكويتي على التنفيذ العيني،إذا لم يكن باهظًا، وهذا ما جاء في المادة (575)[3]: "فإذا كان هلاكه جزئيًا،أو أصبح في حالة لا يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة كاملة، ولم يكن للمستأجر يد في ذلك، جاز له، إذا لم يقم المؤجر- في ميعاد مناسب- بإعادة المأجور إلى الحالة التي كان عليها، أن يطلب إما إنقاص الأجرة،أو فسخ الإيجار، وذلك دون إخلال بحقه في أن يقوم بنفسه بإصلاح المأجور، وإعادته إلى أصله،وفقا لأحكام المادة (573)، إذا لم يكن في ذلك إرهاق للمؤجر، والمادة (573) صريحة في ذلك،حيث أجازت للمستأجر إجراء التنفيذ العيني مباشرة بنفسه، وعليه إذنها؛ لقيامها محل المؤجر في حفظ الحقوق، وأجاز له القانون تجاوز الإذن من القضاء أيضًا، إذا دعت ضرورة الاستعجال ذلك، وتكلفة الإصلاح ليست باهظة تسوغ للمؤجر الاعتراض، حيث جاء فيها " أن يحصل على إذن من القضاء بإجراء تلك الإصلاحات بنفسه، وباستيفاء ما ينفقه خصمًا من الأجرة، وذلك دون إخلال بحقه في طلب الفسخ، أو إنقاص الأجرة وفقًا لما يقضي به القانون، ولا يكون إذن القضاء ضروريًا، إذا كانت الإصلاحات مستعجلة، أو قليلة الكلفة"[4].

---

(1) ابن قدامة، **الكافي**، ج2، ص 315.
(2) الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية **(المذكرة الإيضاحية)** ج4، ص408.
(3) الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية **(القانون المدني)**، ص158.
(4) المصدر نفسه، ص158.

الفرع الثاني

جبر المؤجر على إصلاح ملكه

صورة المسألة:

إذا حدث في العين المستأجرة عيب، فهل يجبر المؤجر على إصلاحه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: وهو قول الحنفية والشافعية وقول عند المالكية ووجه عند الحنابلة بأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه،سواء أكان ذلك في الكثير أم في القليل، وقالوا بأن على المؤجر إصلاح بئر الماء،والبالوعة، وانهدام الدار،لكن بلا إكراه، وإن بادر المستأجر بالإصلاح فهو متبرع(1).

ودليلهم أن العقود من شروط لزومها الرضا، وفي إجباره منافاة لهذا الشرط، قال في المبسوط: " لأن الإنسان لا يجبر على إصلاح ملكه، ولكن العيب في عقود المعاوضات يثبت للعاقد حق الفسخ، فيما يعتمد لزومه تمام الرضاء(2)؛ ولأنه زيادة لم يتناولها العقد(3).

القول الثاني: وهو قول عند المالكية والحنابلة، قالوا بأن الإصلاح اليسير يجبر عليه المؤجر، بخلاف الكثير،جاء في بداية المجتهد: "ومنها: اختلاف أصحاب مالك في الانهدام اليسير من الدار، هل يلزم رب الدار إصلاحه، أم ليس يلزم، وينحط عنه من الكراء ذلك القدر؟ فقال ابن القاسم: لا يلزمه، وقال غيره من أصحابه: يلزمه"(4).

وجاء في الإنصاف: " أن المؤجر يجبر على الترميم بإصلاح مكسّر، وإقامة مائل، قلت: وهو الصواب"(5).

ودليلهم أن ذلك من واجبات المؤجر، أن يوفر المنفعة: "وقال القاضي والشيخ أبو محمد يجبر عليه، وفاء بتوفير المنفعة"(6).

---

(1) السرخسي، **المبسوط**، ج15، ص144 وراجع: دمارافندي، **مجمع الأنهر**، ج3، ص555، الغزالي: **الوسيط**، ج4، ص175.
(2) السرخسي، **المبسوط**، ج15، ص144.
(3) الغزالي، **الوسيط**، ج4، ص175.
(4) ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج2، ص173.
(5) المرداوي، **الإنصاف**، ج6، ص67.
(6)المصدر نفسه، ج6، ص67.

الراجح:

ويرى الباحث أن القول الأول هو الراجح، وذلك لتحقق العدالة فيه؛ فالمستأجر أعطي حق الفسخ، فإن شاء مضى في العقد، وإن شاء فسخه، فلا معنى لأن يعطي حقًا آخر،وهو التنفيذ العيني، فإمّا أن يعطى حق التنفيذ، أو حق الفسخ، وتجنبًا للجهالة في الأجرة؛ فالمستأجر والمؤجر اتفقا على أجر معين معلوم، فإذا حصل عيب وأجبرنا المالك على إصلاحه،نقص من الأجرة بقدر ذلك الإصلاح الذي قد يكون كثيرًا، وهذا يؤدي إلى الجهالة، خاصة في عصرنا هذا الذي كثرت فيه العيوب، سواء في العقار، أو المنقول.

ولا يعني ذلك أن يتم التساهل مع المؤجر بحيث يجعل هذا الأمر ذريعة لفسخ الإجارة ، فلا يؤدي الإصلاحات لسبب أو آخر إضرارا بالمستأجر،كأن ترتفع الإيجارات ويريد أن يخرجه ليأجرها بسعر أعلى، فهذه حيلة ينبغي أن يمنع عنها، قال ابن القيم" ولا ريب أن من تدبر القران والسنة ومقاصد الشرع جزم بتحريم الحيل وبطلانها".[1]

الفرع الثالث

التمسك بالإجارة بوجود العيب، مع المطالبة بإنقاص الأجرة، أو التعويض:

للعلماء في هذه المسألة قولان:

القول الأول: إلزام المستأجر بالأجرة كاملة.

فالحنفية يلزمون المستأجر بالأجرة كاملة؛ لعلمه بالعيب، ورضاه به، ولم يفسخ، جاء في البدائع: "وإذا ثبت الخيار للمستأجر، فإن لم يفسخ، ومضى على ذلك إلى تمام المدة، فعليه كمال الأجرة،؛ لأنه رضي بالمعقود عليه، مع العيب فيلزمه جميع البدل، كما في بيع العين إذا اطلع المشتري على عيب، فرضي به"[(2)].

وألزم المالكية المستأجر بكامل الأجرة؛ لعلمه بالعيب وسكوته عنه، جاء في منح الجليل:" إن رب الدار لا يلزمه الإصلاح، إلا أن يشاء،فإن أبى فالمكتري بالخيار بين أن يسكن بجميع الكراء، أو يخرج، فإن سكت وسكن لزمه جميع الكراء"[(3)].

(1) ابن القيم، محمد بن أبي بكر،(ت:751هـ)، **إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان**، ط2،2.م ،دار المعرفة ، بيروت، 1975هـ ، ج1، ص377.
(2) الكاساني، **البدائع**، ج4، ص196.
(3) عليش، **منح الجليل**، ج8، ص40.

والشافعية كذلك ألزموه بكامل الأجرة، في قول لهم؛ لرضاه،وعدم مطالبته بالإصلاح، جاء في المهذب: "فإن رضي سكناها،ولم يطالب بالإصلاح، فهل يلزمه جميع الأجرة أم لا؟ في هذا وجهان: يلزمه جميع الأجرة؛ لأنه استوفى جميع المعقود عليه ناقصًا بالعيب، فلزمه جميع البدل، كما لو اشترى عبدًا، فتلفت يده في يد البائع، ورضي به"(1).

والحنابلة أيضا ألزموا المستأجر بالأجرة المسماة، وعدم الأرش في قول مؤيد للجمهور، جاء في منتهى الإرادات: " فإن رضي المستأجر بالمقام،ولم يفسخ الإجارة،لزمه جميع الأجرة المسماة،ولا أرش له"(2).

القول الثاني: يحق للمستأجر الإمضاء مع الأرش، قياسًا على عيب الأعيان في البيع، إذا علم به، وهو قول عند المالكية(3)، والحنابلة(4)، جاء في الإنصاف: "فإن أمضى العقد فله الأرش، كعيب الأعيان"(5)، واختاره ابن تيمية جاء في الفتاوى: " إذا تعطل بعض منافع الدار فهل يسقط من الأجرة بقدر ذلك؟ فأجاب: نعم، يسقط عنه من الأجرة بقدر ما تعطل من المنفعة المستحقة بالعقد"(6).

ويرجح الباحث قول الجمهور؛ موافقة للعدالة، حيث أعطي المستأجر حق الفسخ، فلا معنى لأن يعطى حقوقًا أخرى، قد تؤدي إلى الجهالة في الأجرة.

أما في القانون الكويتي،فقد أعطي حق طلب التعويض في كل الأحوال، قال اليعقوب: " وللمستأجر - بالإضافة إلى حقه في طلب التنفيذ العيني، أو الفسخ، أو إنقاص الأجرة - أن يطالب المؤجر بتعويض ما أصابه من الضرر "(7).

والباحث لا يميل إلى ما جاء في القانون من إجبار المؤجر على الإصلاح؛ منعا للجهالة في الأجرة فإن المؤجر والمستأجر قد إتفقا على أجر معين مقابل إنتفاع المستأجر بالعين وفي إجبار انقاص لهذه الأجرة وجهالة لقدرها، وإلحاق الضرر بالمؤجر؛ لكثرة الإصلاحات التي يجبر عليها، مع تأييد الباحث لما جاء في القانون من حيث طلب الفسخ.

---

(1) الشيرازي، **المهذب**، ج1، ص405.
(2) البهوتي، **كشاف القناع**، ج4، ص24.
(3) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج4، ص42.
(4) ابن مفلح، **الفروع**، ج4، ص330.
(5) المرداوي، **الإنصاف**، ج6، ص63.
(6) ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج30، ص308.
(7) اليعقوب، **عقد الإيجار وفقا للقانون المدني**، ص 99.

المبحث الثالث

أثر العيب الطارئ الناشئ عن إخلال المستأجر بالتزاماته

المطلب الأول

التزامات المستأجر

لبيان أثر العيب على الإجارة بالنسبة لإخلال المستأجر بالتزاماته، فإنه لا بد من بيان هذه الالتزامات.

التزامات المستأجر هي[1]:

1. المستأجر ملزم بدفع الأجرة.
2. المستأجر ملزم باستعمال العين حسب الشرط، والعرف، والمحافظة عليها.
3. رفع المستأجر يده عن العين بعد انتهاء الإجارة.

وسيذكر الباحث أهم الأحكام والتي لها علاقة بأثر العيب الطارئ:

الفرع الأول

المستأجر ملزم بدفع الأجرة

قبل بيان الأحكام المرتبطة بالأجرة لا بد من تعريف الأجرة لغة، واصطلاحًا وقانونًا.

تعريف الأجرة:

الأجرة في اللغة من الأجر، وهو يأتي بمعنى الثواب والكراء،وأصل تسمية الإجارة هي من الأجر،الذي يدفعه المستأجر للمؤجر.

جاء في مختار الصحاح: "الأجر: الثواب، وأجره الله من باب ضرب ونصر، وآجره بالمد إيجارًا مثله، والأجرة الكراء"[2].

تعريف الأجرة اصطلاحًا:

والأجرة هي التي تكون مقابل المنفعة من عوض، جاء في الموسوعة: "والأجرة: وهي المال المبذول مقابل المنفعة"[3]، وفي القانون الكويتي: "فما يصلح أن يكون ثمنًا في البياعات، يصلح أجرة في الإجارات، ومن ثم وجب أن تكون الأجرة مالاً متقومًا معلومًا"[4].

(1) **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ج1، ص270.
(2) الرازي، **مختار الصحاح**، ج1، ص13.
(3) **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ج3، ص529.
(4) الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، **(المذكرة الايضاحية)**، ج4، ص402.

واختلف الفقهاء في المنفعة هل تصح من جنس المأجور أم لا؟ على قولين:

القول الأول (وهو رأي الحنفية): بأن كل ما يصلح أن يكون ثمنًا في المبيع يصلح أن يكون أجرة في الإجارة، إلا أنه لا يجوز أن تكون الأجرة منفعة من جنس المعقود عليه، جاء في المبسوط:" ولا يجوز استئجار السكنى بالسكنى، والخدمة بالخدمة، ويجوز استئجار السكنى بالخدمة، والركوب عندنا"(1).

دليلهم:

إن الإجارة بالمنفعة من نفس الجنس يحرم فيها النَّساء،كبيع الثوب القهوي بالثوب القهوي، وإن الإجارة تجوز خلافًا للقياس، وهي للحاجة ولا حاجة لأن يأجر دارًا ليسكنها مع وجود داره، جاء في تبيين الحقائق: "لأن الإجارة أجيزت - على خلاف القياس- للحاجة،ولا حاجة إلى استئجار المنفعة بجنسها؛ لأنه يستغني بما عنده منها، فبقي على الأصل فلا يجوز، ولا – كذلك- عند اختلاف الجنس"(2). واعتبروا المنافع في الإجارة كالأعيان فكما أنه لا يجوز النساء بالعين فإنه لا يجوز بالمنافع(3).

القول الثاني (وهو قول المالكية (4)،والشافعية(5) ،والحنابلة(6)، والظاهرية): على أن الأجرة تصح أن تكون عينًا، وتصح أن تكون منفعة أيضًا، جاء في الموسوعة:" وجوز الجمهور أن تكون الأجرة منفعة من جنس المعقود عليه"(7)،وجاء في المحلى: " والإجارة بالإجارة جائزة كمن أجر سكنى دار بسكنى دار، أو خدمة عبد بخدمة عبد"(8).

دليلهم:

قالوا إن المنفعة من جنس المعقود عليه كالعين في البيع، فكما أنه يجوز بيع العين بالعين، فإنه يجوز إجارة المنفعة بالمنفعة، قال في المهذب: "ويجوز إجارة المنافع من جنسها، ومن غير

---

(1) السرخسي، **المبسوط**، ج15، ص139.

(2) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج5، ص132.

(3) الغيتابي، **البناية شرح الهداية**،ج10،ص304.

(4) الثعلبي ، عبدالوهاب بن علي،(ت:422)، **التلقين في الفقه المالكي**، ط.1، 4.م،(تحقيق : محمد بو خبزه)، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004م، ج2، ص160.

(5) الشيرازي، **المهذب**، ج2، ص251.

(6)العكبري، الحسين بن محمد،(ت: 795هـ)، **رؤوس المسائل الخلافية على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل**،د.ط، م.1،(تحقيق:عبدالملك دهيش)،مكة المكرمة،1428هـ ،ج1،ص1923.

(7) **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ج1، ص263.

(8) ابن حزم، **المحلى**، ج7، ص23.

جنسها؛ لأن المنافع في الإجارة كالأعيان في البيع،ثم الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض،فكذلك المنافع"[1].

وسبب الخلاف هو أن الحنفية يرون أن المنافع تستحق شيئًا فشيئًا فلا يجوز فيها النَّساء، بخلاف الجمهور، حيث يرون أن المنافع تستحق حال العقد فلا نَساءَ فيها.

الراجح:

يرجح الباحث قول الجمهور؛ لأن البدلين يستحقان بنفس العقد؛والإجارة لسكنى دار بدار،ةما إحتج به الحنفية من كون عقد الإجارة شرع للحاجة ولا حاجة في استئجار دار بدار فإن قد يكون المؤجر في بلد والمستأجر في بلد وكل واحد منها يحتاج إلى سكن الآخر.

ويجدر التنبيه إلى أن الباحث أورد هذه المسألة لبيان أن الأجرة قد تكون عينا وقد تكون منفعة، وسيذكر الباحث حكم الأجرة سواءا كانت عينا أو منفعة إذا تعيبت.[2]

أما القانون الكويتي فقد وافق الفقه الإسلامي في جواز أن تكون الأجرة عينًا أو منفعة، جاء في المذكرة الإيضاحية: "وإذا كان المشرع قد أوجب في البيع أن يكون الثمن من النقود لأسباب سبق بيانها، غير أنه آثر في الإيجار أن يأخذ بأحكام الفقه الإسلامي، فأجاز في المادة 564 أن تكون الأجرة شيئًا آخر غير النقود؛ كجزء من المحصول، أو الانتفاع بشيء آخر مقابل الانتفاع بالمأجور"[3].

وأما بالنسبة لتسليم الأجرة فهي من المسائل التي اتفق الفقهاء على وجوبها[4]؛ لأنها تبذل مقابل الانتفاع بالعين المستأجرة، وقال الماوردي: "كذلك الإجارة،إذا حصل تسليم المنفعة، وجب تسليم الأجرة"[5].

ولم يغفل القانون الكويتي هذه المسألة، وألزم المستأجر بدفع الأجرة مقابل انتفاعه بالعين المستأجرة، جاء في المادة رقم (586)[6] "يجب على المستأجر الوفاء بالأجرة في المواعيد المتفق عليها، فإذا لم يكن هناك اتفاق، وجب الوفاء بها في المواعيد التي يعينها العرف، ويكون الوفاء بالأجرة في موطن المستأجر، ما لم يكن هناك اتفاق، أو عرف يقضي بغير ذلك".

---

(1) الشيرازي، **المهذب**، ج2، ص251.
(2) راجع:ص56 من هذا البحث .
(3) الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، **(المذكرة الإيضاحية)**، ج4، ص 403.
(4) الكاساني، **البدائع**، ج4، ص201. وراجع: الماوردي، **الحاوي**، ج7، ص201.
(5) الماوردي، **الحاوي**، ج7، ص201.
(6) الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، **(القانون المدني)**، ص161.

الفرع الثاني

المستأجر ملزم باستعمال العين حسب الشرط والعرف، والمحافظة عليها

أوجب الفقهاء على المستأجر أن ينتفع بالعين المستأجرة حسب الشرط بين المتعاقدين، وحسب ما يقتضيه العرف، فلا يتجاوز في استخدامه لها أكثر مما هو متعارف عليه، فمثلا لا يستأجر دارًا للسكن، فيستعملها مخزنًا،أو محلاً تجاريًا.

قال في المبسوط: "ويعمل فيها ما بدا له من الأعمال..، ما خلا الرحا أن ينصب فيه، أو الحداد، أو القصار، فإن هذا يضر بالبناء، فليس له أن يفعله إلا برضى صاحب البيت، ويشترط عليه في الإجارة..، والحاصل أن كل عمل يفسد البناء، أو يوهنه فذلك لا يصير مستحقًا للمستأجر بمطلق العقد،إلا أن يشترطه"[1]، وجاء في فقه السنة: " واستئجار الدور للسكن يبيح الانتفاع بسكناها...، على ألا يمكن من سكناها من يضر بالبناء، أو يوهنه مثل الحداد، وأمثاله"[2].

يلاحظ الباحث من خلال النصوص السابقة دقة الفقهاء في بيان ما للمستأجر وما عليه وذلك؛ لأن يد المستأجر يد أمانة، وما حصل بالعين من ضرر - دون تعدٍ منه- لا يوجب عليه شيئًا، وأن الأساس في ذلك العرف والشرط، وعدم جواز استعمال العين المستأجرة فيما يضر بها،كما لو استأجر سيارة لنقل الأشخاص، ونقل بها البضائع، والحديد، وغيرهما.

والقانون الكويتي وافق ذلك، بل إنه أفرد قانونًا خاصًا بالعقارات، يبين بالتفصيل ما على المؤجر والمستأجر من واجبات، وما لهم من حقوق[3]، وقدساير القانون الكويتي الفقه الإسلامي في مسؤولية المستأجر في حفظ العين المستأجرة، ووجوب استعمالها استعمالاً ضامنًا لسلامتها، وأن الاستعمال غير المعتاد تترتب عليه مسؤولية قانونية، وهذا ما نصت عليه المادة (592)[4]: "يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال المأجور، وفي المحافظة عليه ما يبذله الشخص العادي"، وهو مسؤول عما يصيب المأجور أثناء انتفاعه به من تلف، أو هلاك ناشيءٍ عن استعماله استعمالاً غير مألوف.

---

(1) السرخسي، **المبسوط**، ج15 ص130.

(2) سابق، سيد، (ت: 1420هـ)، **فقه السنة**، ط.3، م.3، دار الكتاب العربي، بيروت، 1397هـ، ج3، ص194.

(3) الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، **(القانون المدني)**، ج4،ص 349.،

(4) المصدر السابق، ص163.

الفرع الثالث

رفع المستأجر يده عن العين بعد انتهاء الإجارة

إذا انتهت الإجارة، ولم يتمكن المستأجر من إرجاع العين المؤجرة بسبب غياب المؤجر، أو بسبب أنه لم يأت لاستلامها، فما هو الحكم؟

جمهور الفقهاء لم يلزم المستأجر برد العين المستأجرة للمؤجر، بل ألزم المؤجر بذلك[1]، فإذا لم يستطع تسليمها إلى الحاكم، فإن يده عليها يد أمانة، وهي بحكم الوديعة، جاء في البدائع: "وعلى الذي أجرها أن يقبض من منزل المستأجر؛ لأن المستأجر، وإن انتفع بالمستأجر، لكنّ هذه المنفعة،إنما حصلت له بعوض حصل للمؤجر، فبقيت العين أمانة في يده، كالوديعة؛ ولهذا لا يلزمه نفقتها، فلم يكن عليه ردها كالوديعة"[2]، وجاء في نهاية المطلب: "فإن لم يكونا حاضرين في ذلك المكان، سلم الدابة إلى حاكم البقعة، فإن لم يتمكن من شيء من ذلك، فحكمه حكم المودع"[3].

وخالف بعض الشافعية في ذلك، فقالوا: يجب على المستأجر تسليم العين المستأجرة بحسب نوعها، فإن كانت غير منقولة يكون تسليمها بالخروج منها، وإن كانت منقولة وجب عليه ردها إلى المستأجر[4].

أما القانون الكويتي،فقد ألزم المستأجر بالمادتين (595)، (596) برد المأجور وملحقاته، عند انتهاء الإيجار بالحالة التي تسلمه عليها[5].

وجاء في المادة رقم(597): "مصروفات رد المأجور تكون على المستأجر، ما لم يقض الاتفاق، أو العرف بغير ذلك، فإن أخل بالتزامه بالتسليم،وجب عليه تعويض المؤجر عما لحقه من ضرر، وذلك دون إخلال بحق المؤجر في تسلم المأجور"[6].

يرى الباحث أن الراجح هو قول الجمهور؛ لأن ذلك ليس من التزامات المستأجر، ولا يرى بأسًا في الاتفاق على غير ذلك.

---

(1) الكاساني، **بدائع الصنائع** ج4، ص 309. وراجع: البهوتي، منصور، **منتهى الإرادات**، ج4، ص46. وراجع: الشيرازي، **المهذب**، ج1، ص401.

(2) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4، ص209.

(3) الجويني،عبدالملك بن عبدالله،(ت:478هـ)، **نهاية المطلب في دراية المذهب**،ط.20،1.م، دار المنهاج، 2007م، ج8، ص102.

(4) الشيرازي، **المهذب**، ج1، ص 401.

(5) الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، **(القانون المدني)**، ج4، ص 163.

(6) المصدر نفسه،ج4، ص163.

المطلب الثاني

جزاء إخلال المستأجر بالتزاماته

الفرع الأول

تسليم الأجرة

بين الباحث فيما سبق أن الأجرة يجوز أن تكون عينًا، فما هو الحكم إذا عابت عيبًا طارئا؟

إذا كانت الأجرة عينًا، كثوب، أو غيره، فعابت عيبا فاحشًا، أو يسيرًا، أو هلكت قبل أن يستوفيها المؤجر، ردها قياسًا على البيع، وعلى المستأجر أجر المثل[1]، جاء في المبسوط: "ولو كان الأجر ثوبًا بعينه، فقبضه، ثم جاء يرده بعيب.....،رده سواء أكان العيب يسيرًا أم فاحشًا، على قياس المبيع، ثم ينفسخ العقد برده؛ لفوات القبض المستحق بالعقد، فيأخذ منه قيمة السكنى وهو أجر مثل الدار؛ لأن العقد لما فسد لزمه رد المستوفي من السكنى، ورد السكن برد أجر المثل،وإن كان حدث به عيب لم يستطع رده، رجع بحصة العيب من أجر مثل الدار؛ لأن الرجوع بحصة العيب عند تعذر الرد، يكون من البدل كما في البيع"[2]، إذا أثر العيب الطارئ، في هذه الحالة عدم الفسخ،مع دفع أجر المثل للمؤجر.

أما القانون الكويتي، فلم يتطرق إلى هذه المسألة بخصوصها،مع أنه أجاز أن تكون الأجرة عينًا، أو منفعة، وتكلم عن أجرة المثل،في حال اختلاف العاقدين، أو تعذر إثباتها[3]،ولا بد للمشرع الكويتي من أن يأخذ هذه المسألة في الحسبان، مع أنه قد جاء في المادة(565)[4] "إذا لم يحدد المتعاقدين الأجرة، أو كيفية تقديرها، أو إذا تعذر إثبات مقدارها،وجب أجر المثل وقت إبرام العقد".

فيميل الباحث إلى إضافة كلمة (أو هلكت)؛ لتكتمل المادة،ويزول الغموض، فتصبح المادة -حسب رأي الباحث-: (إذا لم يحدد المتعاقدين الأجرة،أو كيفية تقديرها، أو إذا تعذر إثبات مقدارها، أو هلكت، وجب أجر المثل وقت إبرام العقد).

---

(1) السرخسي: **المبسوط**، ج15، ص141. وراجع: السعدي: علي بن الحسن، (ت: 461)، **النتف في الفتاوى**، ط2، 2.م،(تحقيق: صلاح الدين الناهي)، دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، عمان، الأردن، بيروت، لبنان، 1984م، ج2،ص565. وراجع: العيني، البناية، ج11، ص493.

(2) السرخسي، **المبسوط**، ج15 ص141.

(3) الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، **(القانون المدني)**، ج4، ص157، المواد (564)، (565).

(4) المصدر نفسه، ص157.

الفرع الثاني

إذا تلفت العين المستأجرة،وهي في يد المستأجر من غير تعدٍ، ولا تفريط منه

اتفق الفقهاء على أنه لا ضمان على المستأجر؛ لأن يده يد أمانة، إلا إذا كان متعديًا، أو مقصرًا، ولا ضمان عليه – أيضًا- إذا تلفت بفعل جائز شرعًا، أو منصوص عليه في العقد، أو معتاد،أو لازم لاستيفاء المنفعة، وقد حكى ذلك ابن المنذر في الإجماع على أن المشروط يسقط الضمان: "وأجمعوا على أن من اكترى دابة؛ ليحمل عليها عشرة أقفزة قمح،فحمل عليها ما اشترط، فتلفت فلا شيء عليه"[1]، وكذلك يسقط الضمان؛ لتلف كان بسبب فعل معتاد؛ لأن ذلك من مستحقات عقد الإجارة، قال الأشقر:" كما لو اهترأ فرش البيت،أو السيارة؛ بسبب كثرة الجلوس عليه، أو اهترأ إطار السيارة،بالعمل المعتاد، أو ذهب طلاء جدران البيت "[2].

وقال الشافعي - رحمه الله-: "وإذا اكترى الرجل من الرجل الدابة فضربها، أو نخسها بلجام، أو ركضها فماتت، سئل أهل العلم بالركوب، فإن كان فعل من ذلك ما تفعل العامة،فلا يكون فيه عندهم خوف تلف، أو فعل بالكبح والضرب مثل ما يفعل بمثلها عندما فعله، فلا أعد ذلك خرقة، ولا شيء عليه"[3].

والقاعدة في ذلك ما جاء في شرح المجلة المادة (91)أن: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"[4]، إذ يفهم من هذه القاعدة أنه لو فعل شخص ما أجيز له فعله شرعًا، ونشأ عن فعله هذا ضرر ما،فلا يكون ضامنًا للخسارة الناشئة عن ذلك، ولا يتحمل أية مسؤولية.

الفرع الثالث

إذا حصل الضرر بالتعدي والتفريط من قبل المستأجر

لا خلاف بين الفقهاء أن المستأجر يكون ضامنًا، إن كان الضرر بسبب تعدٍ منه، أو تفريط:"فإذا خالف المستأجر، فإن يده تصبح يد ضمان، يضمن ما تلف في العين المستأجرة، ولو

(1) ابن المنذر، **الإجماع**، ص177.

(2) الأشقر،محمد سليمان الأشقر، **الضوابط التي تحكم عقد صيانة الأعيان المؤجّرة**، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي، ج1، ص 314.

(3) الشافعي، **الأم**، ج4، ص 38.

(4) حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**،ج1، ص92.

بسماوي"[1] وصلاحية تصرفه في العين المستأجرة: " يجب أن تكون في حدود هو متعارف عليه،إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك"[2].

وذلك "كما لو استأجر دارًا؛ ليسكنها، فأسكن فيها من يفوقه في الضرر كالقصار، والحداد، أو جعل منها مدرسة أو مصنعًا أو مخزنًا"[3]، أو استأجر دابة ليسير فيها مسافة معينة، فزاد عليها فتلفت، فإنه يكون ضامنًا[4] وكذا لو استأجر سيارة، فتجاوز بها المسافة المطلوبة، أو حمل عليها حملاً فوق طاقتها.

جاء في شرح المجلة، المادة(603): "حركة المستأجر على خلاف المعتاد تعد، ويضمن الضرر، والخسارة التي تتولد منها. مثلا: لو احترقت الدار المأجورة بظهور حريق فيها، بسبب إشعال المستأجر النار أزيد من الناس، يضمن، ولو تلف المأجور بتقصير المستأجر في أمر المحافظة...، لزم الضمان، مثلاً: لو ترك دابة الكراء، حبلها على غاربها، وضاعت ضمن"[5]، وفي المادة (605) من مجلة الأحكام العدلية : "مخالفة المستأجر مأذونيته، بالتجاوز إلى ما فوق المشروط،توجب الضمان"[6].

لقد جاءت أقوال العلماء متفقة بمنع المستأجر من استيفاء منفعة غير متفق عليها، تسبب ضررا أكبر في العين المستأجرة،فالحنفية يقولون : "الخلاف الموجب للضمان،إما في الجنس، أو في القدر، أو الصفة، فالأول: كما إذا استأجرها؛ لحمل كر شعير، فحمل كر حنطة، يضمن كل القيمة؛ لأنها جنس آخر، وأثقل فصار غاصبًا، ولا أجر؛لأنهما لا يجتمعان، والثاني: كما إذا استأجرها؛ ليحمل عشرة أقفزة حنطة، فحمل أحد عشر،فإن سلمت لزم المسمى، وإلا ضمن جزءًا من أحد عشر جزءًا من قيمتها، والثالث: كما إذا استأجرها؛ ليحمل مائة رطل قطن، فحمل مثل وزنه،أو أقل حديدًا،يضمن قيمتها؛ لأن الضرر ليس للثقل، فلم يكن مأذونا"[7].

---

(1) الزيلعي، **تبيين الحقائق**،ج5، ص118. وراجع:الدسوقي، **حاشية الدسوقي** ج5،ص397. وراجع: النووي، يحيى بن شرف،(ت: 676)، **منهاج الطالبين وعمدة المفتين**،ط.1، م.1، (تحقيق: عوض أحمد)،دار الفكر، بيروت،2005م،ص162.

(2) البغا، مصطفى ديب،**أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي**، ط.3، م.1، دار القلم،دمشق،1999م، ص387.

(3) دمارافندي،**مجمع الأنهر**، ج3، ص 525. وراجع: الشربيني: **مغني المحتاج**، ج2، ص 350. ابن قدامه: **المغني**، ج6، ص58.

(4) المصدر نفسه،ج6،ص58.

(5) حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، ج1، ص698.

(6) المصدر نفسه،ج1،ص595.

(7) ابن عابدين، **رد المختار على الدر المختار**،ج6، ص36.

وفصل الشافعية – أيضًا- فيما لا يعتبر تعديًا، أو تقصيرًا من المستأجر، جاء في مغني المحتاج:"وإذا جاز الاستيفاء بغيره،فيركب في استئجار دابة للركوب مثله ضخامة،ونحافة وطولاً، وعرضًا، وقصًرا،أو دونه فيما ذكر، ويسكن في استئجار دار للسكنى مثله،ولا يسكن إذا كان بزازًا، مثلا،ولا حدادًا، ولا قصارًا؛ لزيادة الضرر بدقهما، وكذا يلبس الثوب مثله، ودونه، وينبغي في اللابس المماثلة في النظافة؛لأن فيه استيفاء عين المنفعة المستحقة بغير زيادة، ولعل ضابط المسألة أن يساوي المستأجر في الضرر بالعين المستأجرة"[1].

ومثلهم الحنابلة،في تحديد تصرف المستأجر بما لا يشكل ضررًا على العين المستأجرة، ولا يخل بتراضي طرفي العقد، وألزموا المستأجر التزامات التجاوز، جاء في الإنصاف "وإنْ سلك أبعد منه،أو أشق،فأجره المثل، وقيل المسمى، وأجرة الزائد، والمشقة، ولا يجوز بمن هو أكبر ضررًا منه، ولا بمن يخالف ضرره بلا نزاع في الجملة، وله أن يستوفي المنفعة وما دونها في الضرر، من جنسها، فإذا اكترى؛ لزرع حنطة،فله زرع الشعير، ونحوه، وليس له زرع الدخن، ونحوه،فإن فعل لزمه أجرة المثل"[2]، وكذا يضمن المكتري إذا زاد في المسافة التي اكترى إليها، ولو قلت: كالميل وعطبت، وسواء عطبت في الزيادة، أو في المسافة التي وقع العقد عليها [3].

ولم يغفل القانون الكويتي مسألة إحداث المستأجر تغييراتٍ نافعة، أو محسنة، فقد ألزم المستأجر بإعادة العين المستأجرة إلى ما كانت عليه، بإزالتها على نفقته، بشرط عدم إحداث ضرر،إن لم يستبقيها المؤجر، وللمؤجر إزالتها إذا خالف المستأجر،وتكون على نفقة المستأجر، مع تضمينه قيمة الضرر الناشئ عن الإزالة.

جاء في المادة (598)[4]: "إذا أحدث المستأجر في المأجور بناءً، أو غراسًا، أو أية تحسينات أخرى تزيد في قيمته، كان له عند انقضاء الإيجار أن يتركها، أو أن يزيلها على نفقته، إذا لم يكن في ذلك إضرار بالمأجور".

---

(1) الشربيني، **مغني المحتاج**،ج2،ص350.

(2) المرداوي، **الإنصاف**،ج6،ص50.

(3) الخرشي،محمد بن عبدالله،(ت: 1151هـ)،**شرح مختصر خليل**، د.ط،8.م، دار الفكر،بيروت،د.ت، ج7، ص41.

(4) الفتوى والتشريع،مجموعة التشريعات الكويتية،**(القانون المدني)**، ج4،ص164.

الفرع الرابع

إذا انتهت الإجارة، ولم يأت المستأجر لاستلامها

، فقد بين الباحث بأن الراجح من أقوال الفقهاء، أن إرجاع العين المستأجرة ليس من التزامات المستأجر، وعليه فإنها تكون عنده وديعة، لا يضمن تلفها إلا بالتعدي، لكن القانون لم يوافق في هذه المسألة، جاء في المادة (597): " مصروفات رد المأجور تكون على المستأجر،مالم يقض الاتفاق والعرف بغير ذلك" [1].

والباحث لا يرى في ذلك بأسًا، إذا اتفق الطرفان على ذلك، أما إذا لم يتفقا،فبأي حق نلزم المستأجر به؟ فلو استأجر رجل سيارة؛ لينتقل بها من قرية إلى قرية،واتفقا على الأجر، فبأي حق نلزم المستأجر بالرد؟ فذلك ليس حقًا للمؤجر إلا بالاتفاق، والأَولى أن تكون المادة كالآتي: (رد المأجور ومصروفاته يكون على المؤجر، مالم يقضِ الاتفاق أو العرف بغير ذلك).

لكن على القول المرجوح (رأي الشافعية)، فإن المستأجر بعد انتهاء الإجارة،وعدم تسليمه للعين، يكون ضامنًا لها، وهو بحكم الغاصب.[2]

(1)الفتوى والتشريع،مجموعة التشريعات الكويتية،(**القانون المدني**)، ج4،ص164.
(3) الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب،ج8،ص102، بتصرف.

المبحث الرابع

أثر العيب الطارئ في إجارة الموصوف في الذمة في الإجارة التشغيلية

في هذا المبحث يبين الباحث مفهوم إجارة الموصوف في الذمة، وشروطها، والفرق بينها وبين إجارة العين.

المطلب الأول

مفهوم إجارة الموصوف في الذمة

الفرع الأول

تعريف الإجارة الموصوفة في الذمة

وهي" بيع منافعَ مستقبليةٍ بثمن حال "[(1)]، وهي التي"يكون محل العقد فيها غير معين،بل موصوف،وتعلق ذلك بذمة من التزم به،سواء أكان شخصًا طبيعيًا، أم شخصًا اعتباريًا، كاستئجار سيارة بأوصاف معلومة؛ لنقله إلى مكان معين، أو مدة معينه"[(2)].

ومثال ذلك استئجار دابة موصوفة؛ للركوب، أو الحمل[(3)]، ويقابلها في عصرنا الطائرات، والسيارات، وآلات الحفر، وغيرها.

الفرع الثاني

مشروعية إجارة الموصوف في الذمة

اتفق فقهاء المذاهب على جوازها، وتفصيل ذلك من خلال ما يأتي:

الحنفية: جاء في أقوالهم ما يدل على جوازها، قال السمرقندي:"فأما هلاك المستأجر،فإنْ كان شيئًا بعينه يبطل، وإن كان بغير عينه، بأن وقعت على دواب بغير عينها؛ للحمل أو الركوب فهلكت، فعلى المؤاجر أن يأتي بغيرها؛ ليحمل المتاع"[(4)].

---

(1) نصار، محمد، **ضوابط الإجارة الموصوفة في الذمة وتطبيقاتها في تمويل الخدمات في المؤسسات المالية الإسلامية**،بحث مقدم لندوة البركة الثلاثون للاقتصاد الإسلامي، رمضان، 2009م،ص2.

(2) منذر قحف ومحمد محمود، **صكوك الإجارة الموصوفة بالذمة**، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي،مجلة دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، 2013م،ص16.

(3) الأسيوطي،**جواهر العقود**، ج1، ص209.

(4) السمرقندي،**تحفة الفقهاء**، ج2،ص361.

المالكية: اشترطوا لجوازها دفع الأجرة في مجلس العقد، إلا إن تم الشروع في العمل، فيكون قد تقدم أحد البدلين، وذلك احترازًا منهم عن بيع الدين بالدين، وإلا فلا يجوز إلا بتعجيل أحد البدلين، أو تعجيلهما معًا[1].

الشافعية: لهم فيها قولان: الأول: أنه سلم، فيشترط قبض الأجرة في مجلس العقد، وعدم تأجيلها[2] قياسًا على بيع السلم، الذي يشترط فيه تسليم رأس ماله، وهذه إجارة سلم في المنافع، يشترط فيها ما يشترط في السلم، والثاني: إن عقد بلفظ السلم وجب قبض العوض في المجلس؛ لأنه سلم، وإن كان بلفظ الإجارة لم يجب؛ لأنه إجارة، والأول أظهر؛ لأن الحكم يتبع المعنى، لا الاسم، ومعناه السلم، فكان حكمه كحكمه[3].

وللحنابلة في المسألة قولان، يرتبط كل منهما باللفظ الذي يجري عليه عقد الإجارة: فإذا جاءت بلفظ السلم فهي سلم في المنافع،وعليه فقد اشترطوا لصحتها قبض الأجرة في مجلس العقد،وخلاف ذلك فهي باطلة؛ لوقوعها تحت بيع حرام، وهو بيع الكالئ بالكالئ، أما إذا خلا العقد من لفظ السلم، أو السلف،فإنه لا يعتبر شرطًا فيه، فيجوز تأخير الأجرة.

جاء عند ابن قدامة: "إذا كان العقد على منفعة في الذمة،ففيه وجهان، أحدهما: يجوز؛ لأنه عوض في الإجازة، فجاز تأجيله، كما لو كان على عين، والثاني: لا يجوز؛ لأنه عقد على ما في الذمة،فلم يجز تأجيل عوضه كالسلم" [4]، قال البهوتي: "وإن جرت بلفظ سلم،أو سلف، كأسلمتك هذا الدينار؛ لتحملني إلى مكان كذا،ونحوه، وقبل المؤجر، فإنه يشترط لصحتها – عندئذ - تسليم الأجرة في مجلس العقد؛ لأنها بذلك تكون سلمًا في المنافع، فلو لم تقبض الأجرة قبل تفرق العاقدين، فإن الأمر يؤول إلى بيع الدين بالدين، وهو منهي عنه"[5].

آراء فقهية معاصرة، تجيز الإجارة الموصوفة في الذمة:

أخذًا بمذهب الحنابلة وهو قول عند الشافعية، وتيسيرًا على الناس، وتخفيفًا عليهم، ورفعًا للحرج عنهم في معاملاتهم، فقد أجاز الدكتور نزيه حماد إجارة الموصوف في الذمة، إذا عقدت بلفظ إجارة، ولم تعقد بلفظ سلم، ولا سلف، ولم يشترط تسليم الأجرة في مجلس العقد[6].

---

(1) ابن رشد، **البيان والتحصيل**، ج8، ص 409.
(2) النووي، **روضة الطالبين**، ج5، ص176. راجع، الشيرازي، **المهذب**، ج1،ص406.
(3) النووي، **المجموع شرح المهذب**،ج15، ص34.
(4) ابن قدامة، **الكافي**، ج2،ص169.
(5) البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**،ج2،ص252.
(6) حماد، نزيه، **قراءة جديدة في فقه المعاملات المالية المعاصرة**، ط.1، م.1، دار القلم، دمشق، 2007م، ص330.

وكما يرى الدكتور علي القرة داغي جواز إجارة الموصوف في الذمة، وتأجيل الأجرة، إذا عقدت بلفظ إجارة، لكن إذا عقدت بلفظ السلم، فيجب تسليم الأجرة في مجلس العقد [1].

مما سبق يتبين للباحث أن الحنفية شبهوا إجارة الموصوف في الذمة بإجارة العين، وشبهها المالكية والشافعية بالسلم، ونظر إليها الحنابلة بحسب اللفظ والصيغة، فأجازها المالكية، وتوافق قول الشافعية مع قول الحنابلة في جانب إن جاءت بلفظ الإجارة، وإنّ كثيرًا من العلماء المعاصرين ليميلون إلى جواز ذلك، فهي جائزة بحسب ما رجح لديهم من أقوال، ولا ضير في تباين نظرتهم إليها، وعليه فإنها لا تختلف عن إجارة الأعيان،من حيث تقديم الأجرة وتأخيرها، إلا ما جاء بلفظ السلم، فيقول بجواز تأخيرها عن مجلس العقد إذا لم ترتبط بالسلم؛ لأنها عوض عن منافع في عقد معاوضة.

واشتراط صفات السلم في إجارة الموصوف في الذمة؛ لأنه لا يمكن تحصيل النفع إلا بأوصاف دقيقة في العين؛ لأن الأعيان تختلف عن بعضها البعض وتتباين، وصفات السلم وشروطه المعتبرة عند الأئمة، كفيلة بتحقيق مقصد المستأجر من الانتفاع بالعين الموصوفة.

وشروط السلم هي: تسليم رأس المال، وأن يكون المسلم فيه دينًا، وأن يكون مؤجلاً، وأن يكون مقدورًا على تسليمه ، وأن يكون معلوم المقدار ،وأن يكون معروف الأوصاف. [2]

وفي الإجارة الموصوفة يكون العقد في الذمة محددًا بصفات، مثل أن يلزم بخياطة ثوب، أو بناء بيت،يقوم المؤجر بإنجاز العمل من غير أن يسلم نفسه،بل يقع العقد على تسليم العمل، لا تسليم النفس، ويسمى الأجير المشترك [3]، حيث إن الأجير لا يكون مختصًا به، بل يقبل العمل من كل من يحتاج إليه.

الفرق بين الإجارة الموصوفة في الذمة والإجارة المعينة[4]:

1. لا ينفسخ العقد في الإجارة الموصوفة بتلف العين، بخلاف الإجارة المعينة فإنها تنفسخ، سواء أهلكت العين قبل قبضها أو بعده، ويلزم المؤجر بتقديم عين مؤجرة بديلة عن العين الهالكة.
2. لا يتصور خيار العيب في الإجارة الموصوفة في الذمة.

---

(1) القرة داغي، على، **الإجارة على منافع الأشخاص**، ص18.

(2) العبدري،**التاج والإكليل**،ج4، ص 514.وراجع: النووي، **المجموع شرح المهذب** ،ج13،ص97. راجع: الزركشي، محمد بن عبدالله(ت:772)، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**،ط.1،7.م، دار العبيكان، 1993م،ج4،ص4.

(3) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج5، ص134.

(4) القاسمي، بدر، **الإجارة الموصوفة بالذمة للخدمات غير المعينة**، بحث مقدم إلى مؤتمر (المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول)، 2009م، ص25.

المطلب الثاني

أثر العيب الطارئ في إجارة الموصوف في الذمة

تكلم الفقهاء عن البدل كأثر للعيب الطارئ، فمن خلال دراسة إجارة الموصوف في الذمـة، نجد أنهـا قائمـة علـى وصـف تشترط فيـه الدقـة، بحيث يمنـع هذا الوصـف أي تنـازع خـلال سير عملية التأجير، بعد البدء بتنفيذه؛ لذلك اتفقت عبـارة الفقهـاء علـى أن المـؤجر ملـزم بالبـدل،في حال تعيب المأجور تعيبًا يخل باستيفاء المنفعة، ولا ينفسخ العقد بسبب العيب أو التلـف، ويلـزم المؤجر بإستبدال ما تلف، وبالمعيب سـالمًا مـن العيـب[1]، جـاء فـي المهـذب: "وإذا أكـرى الأجير نفسه، فهرب، فإن كانت الإجارة على موصوف في الذمة، إستؤجر بدله من ماله"[2]، وجاء في الحـاوي: "وإن كـان العيب موجودًا فـي الأجـرة، فـإن كانـت فـي الذمـة، أبـدل المعيب بغيـره، ولا خيار"[3].

وجاء فيه- أيضًـا-: "وأمـا الذي فـي الذمـة فهـو أن يقـول: قد استـأجرتك؛ لتحصـيل حجـة لـي بمائة درهم، أو يقول قد استأجرت منك؛ تحصيل حجـة لـي بمائـة درهـم، فيكـون عقـد الإجـارة فـي ذمته،فإذا حج غيره جاز، وإن مات لم تبطل الإجارة،كمن استأجر ظهر بعير فـي الذمـة، فلمؤجره أن يركبه أي بعير شاء، وإن مات البعير فعليه أن يبدله بغيره، ولا تبطل الإجارة بموته"[4].

وجاء فيه- أيضًـا-: "فأما إذا هرب الجمال بالجمل معه، فلا يخلو حال الإجـارة من أن تكـون معينـة، أو فـي الذمـة، فـإن كانـت فـي الذمـة، فـإن الحـاكم يسـتأجر علـى الجمـال جمـلاً، يحمـل عليـه الراكـب،ويكون ذلـك فـي مـال الجمـال إن كـان موجـودًا،أو قرضًـا عليـه إن كـان معـدومًا، فلـو دفـع الحاكم المال إلى الراكب؛ ليكترى لنفسه لم يجز، كمـا لا يجوز لبـائع السلم أن يدفع إلـى مشـتريه مالاً، يشتري لنفسه بمال غيره،فإن لم يجد الحاكم للجمال مالاً ولا مقرضًـا، نظـر فـي الإجـارة، فـإن كانت على مدة تنقضي، بطلت بالفوات، وكانت الأجرة المسماة دينًا على الجمال، يتبعه بها الراكب متى وجده، أو وجد له مالاً "[5].

وعند البهوتي- أيضًا- ما يصب في نفس الاتجاه من بدل العين المستأجرة إذا عيبت، "فـإن كانـت المؤجرة موصـوفة فـي الذمـة، لـم ينفسـخ العقد بردهـا لكونهـا معيبـة،وعلى المكـري إبـدالها

---

(1) السمرقندي،**تحفة الفقهاء**، ج2،ص361، وراجع: ابن جزيء، **القوانين الفقهيـة**،ص275، وراجع:النـووي، **روضة الطالبين**،ج2،ص223. ابن قدامة: **المغني**، ج6،ص57.

(2) الشيرازي، **المهذب**،ج1،ص406. ابن قدامة: **المغني**،ج6،ص96.

(3) الماوردي، **الحاوي الكبير**،ج7،ص393.

(4) الماوردي،**الحاوي الكبير**، ج 4، ص258.

(5) المصدر نفسه، ج7، ص422.

بسليمة، كالمسلم فيه؛ لأن إطلاق العقد إنما يتناول السليم، فإن عجز المكري عن إبدالها،أو امتنع منه أي من إبدالها،ولم يمكن إجباره عليه، فللمكتري الفسخ أيضًا؛ إستدراكا لما فاته"[1]،وقال الأسيوطي في إجارة الذمة: " لا تنفسخ بالتلف، ولا يثبت فيها الخيار بالعيب، ولكن على المكري الإبدال"[2].

وجاء في الفقه على المذاهب الأربعة:" يجوز في إجارة الذمة أخذ رهن من المؤجر، كما إذا أجر بنائين على بناء دار، فإنه يصح أن يأخذ رهنًا منهم في نظير عملهم،حتى إذا لم يبنوا الدار، فإن للمرتهن الحق في بيع المرهون، ويستأجر منه من يعمله،وقريب من هذا، ما تأخذه المصالح من التأمينات التي يدفعها العمال؛ حتى لا يهملوا في أداء أعمالهم"[3].

والقانون الكويتي أجاز التعامل بالأمور المستقبلية كأصل عام، وإن لم يذكر الإجارة بشكل خاص،وقد جاء في المذكرة الإيضاحية شرحًا للمادة (168): "أما إذا نظر إلى الشيء،على اعتبار أنه غير موجود الآن، ولكنه سوف يوجد بعد حين، فإن المحل يعتبر ممكنًا طالما أنّ وجود الشيء مستقبلاً غير مستحيل..." [4].

وجاء في المذكرة – كذلك -: " ويعرض المشروع في المادة (168) للتعامل في الأشياء المستقبلية قاضيًا بجوازه كأصل عام "[5]، إذًا فالقانون يجير الإجارة الموصوفة بالذمة، ومن ذلك النقل الجوي، ويلزم الناقل بتوصيل المسافر، والأمتعة، والبضائع إلى المكان المتفق عليه، وإلا تحمل المسؤولية عن ذلك، جاء في كتاب العقود التجارية: " الناقل الجوي مثله مثل الناقل البري ملزم بتوصيل المسافر، سليمًا إلى جهة الوصول "[6].

والخلاصة أن أثر العيب الطارئ في الموصوف بالذمة هو البدل ولا يجوز فسخ عقد إجارة الموصوف بالذمة إلا عند تعذر البدل.

---

(1) البهوتي، **كشاف القناع**، ج 4،ص24.

(2) الأسيوطي، **جواهر العقود**،ج 1،ص 212.

(3) الجزيري،**الفقه على المذاهب الأربعة**،ج2،ص220. وراجع: الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 4، ص195.

(4) الفتوى والتشريع،مجموعة التشريعات الكويتية، **(القانون المدني)**، ج4،ص152.

(5) المصدر نفسه،ج4، ص 152.

(6) صرخوه، يعقوب يوسف، **العقود التجارية في القانون التجاري الكويتي رقم 68 لسنة 1980**، ط.1، م.1، مؤسسة دار الكتب، الدسمة، الكويت، 1986م، ص209.

الفصل الثالث

أثر العيب الطارئ في الإجارة التمويلية

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول:ـ الإجارة التمويلية(التعريف، والخصائص، والأنواع، والفرق بينها وبين الإجارة التشغيلية).

المطلب الأول:ـ تعريف الإجارة التمويلية، وخصائصها، وأنواعها.

المطلب الثاني:ـ الفرق بين التأجير التمويلي والتأجير التشغيلي.

المبحث الثاني:ـ مشروعية الإجارة التمويلية

المطلب الأول:ـ أحكام لا بد من معرفتها قبل بيان مشروعية الإجارة التمويلية

المطلب الثاني:ـ مشروعية الإجارة التمويلية

المطلب الثالث:ـ مشروعية إجارة الذمة في الإجارة المنتهية بالتمليك

المطلب الرابع:ـ الإجارة التمويلية في القانون الكويتي

المبحث الثالث:ـ أثر العيب الطارئ على الالتزامات في الإجارة التمويلية

المطلب الأول:ـ أثر العيب الطارئ قبل القبض في الإجارة التمويلية

المطلب الثاني:ـ أثر العيب الطارئ بعد القبض في الإجارة التمويلية

الفصل الثالث

أثر العيب الطارئ في الإجارة التمويلية

الإجارة التمويلية تختلف عن الإجارة التشغيلية في القانون، ومن ثم يختلف أثر العيب الطارئ فيها؛لذلك أفردها الباحث في فصل خاص لدراسة ماهيتها، وخصائصها، والفرق بينها وبين الإجارة التشغيلية، وأثر العيب الطارئ فيها.

المبحث الأول

الإجارة التمويلية
(التعريف، والخصائص، والأنواع، والفرق بينها وبين الإجارة التشغيلية)

لمعرفة أثر العيب الطارئ في الإجارة التمويلية لا بد من معرفة ماهية هذه الإجارة، وخصائصها، وأنواعها، وهذا ما سيبينه الباحث في هذا المبحث.

المطلب الأول

تعريف الإجارة التمويلية، وخصائصها، وأنواعها

الفرع الأول

التعريف

التمويل لغة: مشتق من المال، وهو يدل في اللغة على أنه إعطاء المال للغير، جاء في مختار الصحاح: " المال معروف،ورجل مال أي كثير المال،وتمول الرجل صار ذا مال، وموله غيره تمويلاً " [1]، وجاء في لسان العرب: "ومُلْتُه أعطيته المال"[2].

وفي الاصطلاح:

لم يرد تعريف الإجارة التمويلية في كتب الفقهاء القدامى؛ لأنه عقد معاصر وقد عرفه بسام القلاب بأنه: "عقد بين المؤجر والمستأجر، يلتزم بمقتضاه الطرف الأول بأن يؤجر الطرف الآخر منقولات، أو عقارات مملوكة له، أو مهمات، أو آلات لعملائها،مع تطبيق أحكام عقد الإيجار على العلاقة العقدية بينهما،أو قام بشرائها بناء على طلب المستأجر، بقصد تأجيرها للأخير، مقابل بدل

---

(1) الرازي، **مختار الصحاح**، ج1،ص266.

(2) ابن منظور، **لسان العرب**، ج11،ص636.

أجرة يدفع في المواعيد المتفق عليها، ويحق للمستأجر في نهاية العقد إما شراء الأصل، أو رده، أو تجديد العقد لمدة أخرى"[1].

وهذا التعريف يعتريه النقص؛ لأنه لم يتعرض إلى أمور مهمة، مثل الصيانة، والضمان، والمدة، والتمويل، فهذه من الأشياء المهمة في الإجارة التمويلية.

وعرفه سمير عبد العزيز:" بأنه عبارة عن نشاط تمويلي لشراء معدات، أو أصول رأسمالية بغرض التأجير، وفيه يقوم المؤجر- والذي يكون عادة إحدى المؤسسات المالية- بتمويل شراء أصول محددة، ومطلوبة بمعرفة شركة، أو مؤسسة المستأجر، وتؤجر إليه بعقد طويل الأجل غير قابل للإلغاء، بحيث تغطي الدفعات الإيجارية- خلال فترة التعاقد- الأموال المدفوعة في الأصل، أو المعدة، والفوائد، وهامش ربح يقترب إلى ما يسمى بالتغطية الكاملة لقيمة الأصول، ولا يتحمل المؤجر أية تكاليف للصيانة، أو الإصلاح، أو الضرائب، أو غيرها ويتحملها جميعًا المستأجر، بل قد يشترط أن يبرم المستأجر عقد صيانة مع الشركة الصانعة، أو الموردة للمعدات؛ لضمان استمرار كفاءة، وصلاحية المعدات للتشغيل"[2]، ويلاحظ الباحث على هذا التعريف أنه لم يأتِ على ذكر إمكانية نقل الملكية في نهاية العقد.

وقال المطيري: "ويقوم نظام، أو آلية التأجير التمويلي على فكرة قيام شركة التأجير التمويلي بشراء ما يحتاج إليه المشروع، أو الكيان بناء على طلبه من أصول إنتاجية، أو تقوم بإنشاء التوسعات العمرانية المطلوبة، وبذلك تكون هذه الشركة هي المالك القانوني لأصول الإنتاجية، أو الشركات، ثم تقوم بتأجيرها للمشروع، أو الكيان طالب التمويل، مقابل إيجار يتفق عليه بينهما"[3]، ويلاحظ على هذا التعريف أنه لم يأتِ على ذكر الصيانة، وإمكانية نقل الملكية للشيء المؤجر في نهاية العقد.

وعرفها الشويان - من خلال منظور إسلامي- بقوله:" هو أسلوب من أساليب التمويل الإسلامي، يقوم بمقتضاه الممول (المؤجر) بتمليك منفعة أصل رأسمالي (عقار أو منقول) مملوكا له، مقابل التزام المستأجر بدفع عوض مالي محدد في حدود قيمة الأصل الرأسمالي منجمًا، خلال مدة زمنية محددة، في حساب توفير لدى إحدى المؤسسات المالية الإسلامية، وفق آلية محددة،

---

(1) القلاب، بسام، **التأجير التمويلي**،ط.1، م.1، دراسة مقارنة،دار الراية،عمان،2009م، ص 18.

(2) عبد العزيز، سمير محمد، **التأجير التمويلي ومدخله** (المالية، المحاسبية، الاقتصادية، التشريعية، التطبيقية)، د.ط، م.1، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، مصر، 2000م، ص80.

(3) المطيري، علي عوض، **مدى إلتزام شركة الخطوط الكويتية بتطبيق المعيار المحاسبي الدولي**،رسالة ماجستير مقدمة إلي جامعة الشرق الأوسط،الأردن، 2012م،ص14.

على أن يلتزم الممول ببيع رقبة هذا الأصل الرأسمالي، أو هبته للمتمول في نهاية المدة المحددة، بناء على وعد مسبق"[1].

وعرفها القضاة بأنها" معاملة مالية يقصد منها تمكين أحد طرفيها من أن يتملك من الآخر عينا قابلة للتأجير، عند الوفاء بالالتزامات متعاقبة - مالية وغير مالية - اتجاه الطرف الآخر، مع تمليكه لمنفعة هذه العين خلال فترة الوفاء"[2].

من خلال التعاريف السابقة، يمكن للباحث أن يفرق بين الإجارة التمويلية الغربية القانونية- التي بليت بها القوانين العربية-[3] وبين الإجارة التمويلية الإسلامية، والتي يجب أن تسمى بأسمائها، كل عقد على حدة، سواء أكانت إجارة منتهية بالتمليك، أم بالوعد بالشراء، أو بالهبة:

1. الإجارة التمويلية الغربية القانونية- التي بليت بها القوانين العربية - وهي التي يشترط فيها الصيانة، والضمان على المستأجر.
2. الإجارة التمويلية الإسلامية التي يوكل بها المستأجر باستلام العين المستأجرة، وبالصيانة مع بقاء ضمان الهلاك والعيوب على المؤجر، ويكون بنهاية العقد نقل ملكية العين إلى المستأجر، سواء بالبيع، أو بالهبة، أو بالوعد بالشراء.

ويلاحظ الباحث من خلال ما سبق أن الإجارة في المصارف الإسلامية تنقسم إلى قسمين الإجارة التشغيلية وهي الإجارة العادية (إجارة المنافع)، وإجارة تمويلية ومنها الإجارة المنتهية بالتمليك.[4]

الفرع الثاني

خصائص التأجير التمويلي

1. عقد معاوضة: هو عقد يقوم على أساس المبادلة الربحية بين أطراف العقد، فالمؤجر يحصل على بدل الإجارة،وهو الربح، والمستأجر يحصل بالمقابل على المنفعة،وهو من العقود المستحدثة[1].

---

(1) الشويات، محمود سليم، **تفعيل نظام التأجير التمويلي في مؤسسات التمويل الإسلامية**، رسالة ماجستير في الاقتصاد والمصارف الإسلامية مقدمة إلى جامعة اليرموك، إربد، الأردن، 2004م، ص16.

(2) آدم نوح القضاة،موسى مصطفي القضاة ،**واجبات المستأجر والمؤجر وحقوقهما في التأجير التمويلي**،بحث مقدم الى جامعة اليرموك وجامعة العلوم الإسلامية ،منشور في مجلة الشريعة والقانون ، المجلد 43 ،العدد 1، 2016م.

(3) الخصاونة، صخر أحمد، **عقد التأجير التمويلي وآثاره في القانون الأردني**، رسالة دكتوراه مقدمه لكلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية، الأردن، 2004م، ص12.

(4) محمد، محمد يوسف الحاج،**عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات المعاصرة لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي**، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الإسلامية، غزة، 2003هـ، ص 158.

2. عقد رضائي: يقوم على الرضى المتبادل بين الطرفين[2]

3. عقد ملزم،غير قابل للفسخ من قبل طرفي العقد: لا يجوز لأحد الطرفين التراجع عنه، وإذا أصبح العقد غير ملزم لطرف، لأي سبب من أسباب،يصبح بذلك غير ملزم للطرف الآخر[3].

الفرع الثالث

أنواع الإجارة التمويلية من حيث المآل[4]:

1. الإجارة المنتهية بالتمليك: سواء كان هذا التمليك بالبيع، أو بالوعد الملزم، أو بالهبة.
2. الإجارة التمويلية غير المنتهية بالتمليك: ويشترط فيها شروط الإجارة التمويلية، كاشتراط الصيانة على المستأجر.
3. الإجارة التمويلية المنتهية بالخيار: إن شاء المؤجر شراءها، وإن شاء جدد الإجارة، وإن شاء ردها.

فالإجارة المنتهية بالتمليك نوع من أنواع الإجارة التمويلية، فبينهما عموم وخصوص، فكل إجارة منتهية بالتمليك هي إجارة تمويلية، وليس العكس، وقد عرفت الإجارة المنتهية بالتمليك بأنها: " اتفاق بين طرفين على إجارة شيء لمدة معينة بأجرة معلومة، قد تزيد على أجرة المثل، على أن تنتهي بتمليك العين المؤجرة للمستأجر "[5].

وعرفها خالد الحافي بأنها: "عقد بين طرفين، يؤجر فيه أحدهما للآخر سلعة معينة، مقابل أجرة معينة، يدفعها المستأجر على أقساط، خلال مدة محددة، تنتقل بعدها ملكية السلعة للمستأجر،عند سداده لآخر قسط بعقد جديد"[6]، وبهذا تكون الإجارة المنتهية بالتمليك نوعًا من أنواع الإجارة التمويلية.

---

(1) الرشيدي، محمد، **عقد الإجارة المنتهية بالتمليك**، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط،الأردن، 2010 م، ص25.

(2) ناصيف، **عقد الليزنغ**،ص143.

(3) عبد العزيز، **التأجير التمويلي**، ص8.

(4) المصدر نفسه، ص6.

(5) القرة داغي،علي، **الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة (الإجارة المنتهية بالتمليك)**، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، جدة، العدد الثاني عشر، ج1، ص488.

(6) الحافي، **الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي**، ص60.

المطلب الثاني

الفرق بين التأجير التمويلي والتأجير التشغيلي

يوجد فروق جوهرية بين العقد التمويلي، والعقد التشغيلي:

أولاً- الإجارة التشغيلية عقد واحد على محل واحد،بخلاف الإجارة التمويلية،فهي قد تكون على عقد واحد،وقد تكون أكثر من عقد في عقد واحد، كالإجارة، والبيع[1].

ثانيًا- مدة الإجارة التمويلية طويلة، قد تصل إلى العمر الافتراضي للعين المستأجرة، بخلاف الإجارة التشغيلية التي عادة ما تكون بفترات قصيرة[2].

ثالثًا- لا يجب على المؤجر في الإجارة التمويلية تسليم العين المؤجرة إلى المستأجر، بخلاف الإجارة التشغيلية التي يلتزم بها المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر[3].

رابعًا- تبعية العيب والهلاك في الإجارة التمويلية تكون على المستأجر، بخلاف الإجارة التشغيلية التي يلتزم بها المؤجر بسلامة العين المؤجرة[4].

---

(1) الشبيلي، يوسف عبدالله، **عقد التأجير التمويلي** دراسة فقهية مقارنة،بحث منشور بمجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد 11،جامعة الإمام محمد بن سعود،السعودية، 2011م، ص149.

(2) المصدر نفسه، ص149.

(3) بلعاوي، صفاء عمر، **النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي**، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2005م، ص108.

(4)الخصاونة، **عقد التأجير التمويلي**، ص208

المبحث الثاني

مشروعية الإجارة التمويلية

المطلب الأول

أحكام لا بد من معرفتها قبل بيان مشروعية الإجارة التمويلية

فقد اختلف الفقهاء المعاصرون بين مجيز ومانع لهذا العقد وسوف نعرض بعض الأحكام المرتبطة بهذا الاختلاف ثم يعرض الباحث القولين ويرجح بينها.

الفرع الأول

اشتراط عقدين في عقد

عقد الإيجار التمويلي قد يتضمن اشتراط عقدين في عقد، ولاجتماع عقدين في عقد صور عديدة، وما يهمنا - في هذا المبحث - حكم اجتماع عقدين مختلفي الحكم في عقد واحد،على محل واحد،بعوض واحد،ولهذه المسألة صورتان:[1]

الصورة الأولى: أن يكون هذا الاجتماع بوقتين مختلفين.

الصورة الثانية: أن يكون هذا الاجتماع بوقت واحد.

أولاً- حكم اجتماع عقدين مختلفي الحكم في عقد واحد، على محل واحد،بعوض واحد، وبوقتين مختلفين.

القول الأول: قالوا بأن هذه الصورة لا تجوز، وهو قول الحنفية[2]، والشافعية في قول[3]، والحنابلة[4]، قال السرخسي:" وإذا اشتراه على أن يقرضه له قرضًا، أو يهبه له هبة، أو يتصدق عليه صدقةً، أو على أن يبيعه بكذا وكذا من الثمن، فالبيع في جميع ذلك فاسد؛ لنهيه - صلى الله عليه وسلم- عن بيع وسلف، وعن بيعتين في بيعة"،وقال في المغني:" أنْ يشترط عقدًا في عقد، نحو أن يبيعه شيئًا آخر،أو يشتري منه، أو يؤجره، أو يزوجه، أو يسلفه، أو يصرف له الثمن، أو غيره، فهذا شرط فاسد،يفسد به البيع،سواء اشترطه البائع، أو المشتري"[5].

---

(1) العمراني، عبدالله بن محمد، **العقود المالية المركبة**، ط.2، م.1، دار كنوز اشبيليا، الرياض، السعودية، 2010م، ص134.

(2) السرخسي، **المبسوط** ج13،ص18.

(3) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج9، ص1117

(4) ابن قدامة،**المغني، ج4، ص209**.

(5) المصدر نفسه،ج4،ص209.

أدلة القول الأول:

1. دليلهم حديث النبي - صلى الله عليه وسلم-: "لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك"[1]، ووجه الدلالة أن الحديث يدل على عدم جواز الجمع بين البيع والقرض، وهو من نوع الجمع بين العقود[2].

2. وحديث أبي هريرة - رضي الله عنه- عن النبي - صلى الله عليه وسلم – أنه: " نهى عن بيعتين في بيعة"[3]، ووجه الدلالة من الحديث أنه يدل على عدم جواز الجمع بين العقود[4].

القول الثاني: قالوا بعدم جواز هذه الصورة، إذا جمع البيع مع الجعالة، أو الصرف، أو المساقاة، أو الشركة، أو القراض، ولا يجوز اشتراط عقد منهما مع الآخر، ويجوز غير ذلك؛ كالبيع والإجارة[5]، وهذا المشهور عند المالكية.

دليلهم: لا تجوز هذه العقود المذكورة لتضاد أحكامها وتنافيها، فكل عقدين بينهما تضاد لا يجوز الجمع بينهما، ومثال ذلك اجتماع البيع مع الجعالة؛ لاختلاف حكمهما، فالبيع لازم، والجعالة غير لازمة.

القول الثالث: جواز هذه الصورة، وهو قول عند الشافعية[6]، وقول عند الحنابلة[7]، واختاره ابن تيمية[8].

---

(1) أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجة، راجع:الترمذي، **سنن الترمذي**، كتاب البيوع، في باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، ج2، ص529، رقم الحديث (1234). وقال عنه حديث حسن صحيح، وراجع: النسائي، **سنن النسائي**، كتاب البيوع، في باب شرط قي بيع وهو أن يقول أبيعك هذه السلعة، ج7، ص295، رقم الحديث (4630)، وراجع: ابن ماجه،**سنن ابن ماجه**، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، رقم الحديث (2188)،ج2،ص733.

(2) الخطابي، حمد بن محمد،(ت: 388)، **معالم السنن**، ط.1، 4.م، المطبعة العلمية، حلب، 1932م، ج4، ص140.

(3) رواه الترمذي والنسائي، راجع: الترمذي، **سنن الترمذي**،ج2، ص524، رقم الحديث (1231)، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، وقال عنه" حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم"، وراجع: النسائي، **سنن النسائي**،ج7، ص295، رقم الحديث (4632)، كتاب البيوع، باب فيمن باع بيعتين في بيعة.

(4) السرخسي، **المبسوط**، ج13، ص18.

(5) ابن جزئ، **القوانين الفقهية**، ج1، ص172.

(6) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج9، ص1117

(7) ابن قدامة،**المغني**، ج4، ص209.

(8) ابن تيمية، أحمد بن عبدالحليم، (ت: 728هـ)، **القواعد النورانية**،ط.1، م.1، (تحقيق: احمد بن محمد الخليل)، دار ابن الجوزي، السعودية،1422هـ،ص265.

دليلهم: حديث جابر بن عبدالله - رضي الله عنه - حيث باع للنبي - صلى الله عليه وسلم - جمله، واشترط حملانه إلى أهله[1]، وهذا اشتراط عقد الإجارة في عقد البيع.

ولأن الأصل في العقود الإباحة[2]، ولأن حديث النهي عن بيعتين في بيعة خاص ببيع العينة[3]. فقد أجاز ابن تيمية اشتراط عقد في عقد،إلا إذا كان أحدهما معاوضة، والآخر تبرعًا، كالجمع بين البيع والقرض، أو بين الإجارة والقرض، قال ابن تيمية:" وجماع معنى الحديث أن لا يجمع بين معاوضة وتبرع؛ لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة، لا التبرع مطلقا، فيكون جزءًا من العوض"[4].

الصورة الثانية: أن يكون هذا الاجتماع لعقدين بوقت واحد:

وهذه الصورة لا تجوز، قال في كشاف القناع:" فإن قال بعتك داري هذه وأجرتكها شهرًا بألف فالكل باطل"[5].

ويرى الباحث أن هذه الصورة لا يتصور وجودها في العقود المسماة المعروفة؛ فالبيع له أحكام وآثار تختلف عن الإجارة،وأن في جمعهما في عقد واحد يكون هذا العقد جديدًا مغايرًا لهما، وهنا يرى الباحث أنه لابد من الإجابة عن السؤال الآتي:

هل يجوز إنشاء عقد معاوضة جديد في الفقه الإسلامي لم يكن عند علمائنا السابقين؟ وللفقهاء في هذه المسألة قولان:[6]

القول الأول: يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنفية أن الأصل في المعاملات الإباحة[7].

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة 1].

---

(1) سبق تخريجه ص13.

(2) ابن حجر،أحمد بن علي،(ت: 852)، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**،د.ط،13.م، (تحقيق:محمد فؤاد عبدالباقي)، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ، ج13، ص269.

(3) ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**،ج29، ص432.

(4) ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**،ج29، ص62.

(5) البهوتي،**كشاف القناع**،ج3،ص179.

(6) القرة عيني، علي محيي الدين علي، **بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة**، ط.1،م.1، دار البشائر الإسلامية، 2001م، ص138

(7) البخاري، عبد العزيز بن أحمد، (ت:730هـ)، **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**،د.ط، 4.م، دار الكتاب الإسلامي، د. ت، ج3،ص96، وراجع: القرافي، **الذخيرة**، ج1، ص155.وراجع: الشافعي، **الأم**، ج3، ص3.قال ابن رجب: (وقد حكى بعضهم الإجماع على ذلك)، راجع: ابن رجب،عبد الرحمن بن أحمد،(ت: 795هـ)، **جامع العلوم والحكم**،ط.7،م.1، (تحقيق: شعيب الارنؤوط، إبراهيم باجس)،مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001م، ج2، ص166.

وجه الدلالة أن الله- تبارك، وتعالى- أمر بالوفاء بالعقود مما يدل على أن الأصل فيها الإباحة لا الحظر[1].

وقوله- صلى الله عليه وسلم-: " إن أعظم المسلمين في المسلمين جرمًا، من سأل عن شئ لم يحرم على المسلمين، فحرم من أجل مسألته"[2]، ووجه الدلالة: أن الحديث يدل على أن الأصل في الأشياء الإباحة، قال ابن حجر: " وفي الحديث أن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد الشرع بخلاف ذلك"[3].

القول الثاني (قول الظاهرية): أن الأصل في العقود الحظر[4].

واستدلوا بقوله الله – جل وعلا -: ﴿ ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ ﴾ [المائدة: 3].

ووجه الدلالة: أن الله تعالى أكمل الدين، فلا يجوز إنشاء عقود، لم يرد جوازها في النصوص الشرعية[5].

وقول الرسول- صلى الله عليه وسلم-: "ما بال أقوام يشترطون شروطًا، ليست في كتاب الله، من اشترط شرطًا، ليس في كتاب الله، فليس له، وإن اشترط مائة شرط"[6]، ووجه الدلالة: أن هذا الحديث يبطل كل شرط ليس في كتاب الله، والعقود شروط[7].

---

(1) منلا علي: محمد رشيد بن على رضا،(ت: 1354هـ)، **تفسير المنار**، د.ط،12.م، الهيئة المصرية العامة للكتاب،1990م،ج6، ص101.

(2) متفق عليه، راجع: البخاري، ج6،ص2658، حديث رقم(6859)، كتاب الإعتصام بالكتاب والسنة، باب ما يكره من كثرة السؤال،وراجع: القشيري، **صحيح مسلم**،ج4، ص1831، حديث رقم(2358)، كتاب الفضائل،باب توقيره صلى الله عليه وسلم.

(3) ابن حجر، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**،ج13، ص269.

(4) ابن حزم،علي بن أحمد،(ت: 456هـ)، **الأحكام في أصول الأحكام**، د.ط،8.م، (تحقيق: أحمد شاكر)، دار الافاق الجديدة،بيروت،د.ت،ج5، ص2.

(5) ابن تيمية،**القواعد النورانية**،ص260.

(6) البخاري، **صحيح البخاري**، ج2، ص981،حديث رقم(2584)،كتاب الشروط، باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله.

(7) ابن حزم، **المحلى**،ج6، ص466.

الراجح:

قول الجمهور؛ لأن الأدلة التي استدلوا بها عامة في كل العقود، وقد نقل الإجماع عليه بعض أهل العلم[1]، وهو ما رجحه القرة داغي حيث قال: "إذا ثبت رجحان قول الجمهور، فيكون من المشروع إحداث أي عقد جديد"[2].

الفرع الثاني

حكم الوعد الملزم

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على مشروعية الوعد واستحباب الوفاء به[3]، قال النووي رحمه الله " الوفاء بالوعد، مستحب استحبابًا متأكدًا، ويكره إخلافه كراهة شديدة، ودلائله من الكتاب،والسنة معلومة "[4]،واختلفوا في أنه ملزم أم لا على أربعة أقوال:

القول الأول: أن الوفاء بالوعد غير ملزم،لا ديانةً،ولا قضاءً، وإنما هو مستحب، وهو قول الحنفية، وقول عند الشافعية،وقول عند الحنابلة [5]،ودليلهم حديث: " إذا وعد الرجل،وينوي أن يفي به،فلم يف به، فلا جناح عليه"[6]، ويدل الحديث دلالة واضحة على عدم وجوب الوفاء بالوعد[7]؛ ولأن الوعد تبرع،ولا يجب التبرع على أحد[8].

---

(1) ابن رجب، **جامع العلوم والحكم**، ج2،ص166.

(2) القرة داغي، **بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة**، ص139.

(3) السرخسي، **المبسوط**، ج4، ص132، وراجع: القرافي، **الذخيرة**، ج5، ص366،وراجع:النووي، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**،ج5، ص390.وراجع: الدمياطي، أبي بكر بن محمد،(ت:1302هـ)، **إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين**،ط.4،1.م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،1997م،ج3، ص182.وراجع: العيني، **عمدة القاري**، ج13، ص257.وراجع: العاصمي،عبدالرحمن بن محمد بن قاسم،(ت:1392هـ)،**حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع**،ط.1، 7.م،د.ن، 1397هـ،ج5، ص40.

(4) النووي، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**،ج5، ص390.

(5) السرخسي، **المبسوط**، ج4، ص132،وراجع: الأنصاري، **أسنى المطالب**،ج2، ص287، وراجع، الماوردي، **الإنصاف**، ج11، ص152.

(6) رواه الترمذي راجع: الترمذي،**سنن الترمذي**، ج4،ص316، حديث رقم(2633)،وقال عنه هذا حديث غريب وليس إسناده بقوي.

(7) المناوي، محمد عبد الرؤوف،(ت: 1031)، **التيسير بشرح الجامع الصغير**، ط.3، 2.م، مكتبة الإمام الشافعي، الرياض، 1988م،ج1، ص133.

(8) ابن مفلح، **المبدع شرح المقنع**، ج8، ص138.

القول الثاني: إن الوفاء بالوعد ملزم قضاءً، هو قول للمالكية[(1)] ودليلهم:

1. قوله – تعالى-: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة: 1]، ووجه الدلالة أن الله أوجب الوفاء بالعقود، والوعد من العقود، واجب التنفيذ قضاءً وديانةً[(2)].
2. وبدليل قوله - صلى الله عليه وسلم-: "آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان"[(3)]، ووجه الدلالة أنة يلزم الوفاء بالوعد وجوبًا، فلزم إجباره عليه[(4)]، "قال الزناتي: وهذا وعد يجب الوفاء به، ويقضى عليه به إن امتنع"[(5)].

القول الثالث: يجب الوفاء بالوعد إذا تم على سبب أو رتب إلتزام على الطرف الآخر، فهو ملزم، وإلا فلا، وهو مذهب المالكية[(6)].

ودليلهم: أن في ذلك ضررًا على الموعود له، وأدخله في ورطه،فقد يكون باع أو اشترى بسبب هذا الوعد[(7)].

القول الرابع: الوعد ملزم ديانةً لا قضاءً، وهو اختيار الشنقيطي، قال: " إن الذي يظهر لي في هذه المسألة - والله أعلم- أن إخلاف الوعد لا يجوز؛ لكونه من علامات المنافقين، ولأن الله – تعالى- يقول: ﴿ كَبُرَ مَقۡتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُواْ مَا لَا تَفۡعَلُونَ ۝٣ ﴾ [الصف: 3]، وظاهر عمومه يشمل إخلاف الوعد، ولكن الواعد إذا امتنع من إنجاز الوعد،لا يحكم عليه به، ولا يلزم به جبرًا، بل يؤمر به،ولا يجبر عليه"[(8)].

---

(1) القرافي، **الذخيرة**، ج6، ص297.

(2)المصدر نفسه، ج6، ص297,

(3) متفق عليه، البخاري، **صحيح البخاري**، ج1، ص10، حديث رقم (33) وراجع: القشيري، مسلم، **صحيح مسلم**،ج1، ص78، حديث رقم (107).

(4) القرافي، **الذخيرة**، ج6، ص299.

(5) الحطاب، **مواهب الجليل**، ج3، ص391.

(6) القرافي، أحمد بن إدريس،(ت: 684)، **الفروق**، د.ط،4.م، عالم الكتب، د.ت،ج4، ص25.

(7) الدردير، **الشرح الكبير**، ج2،ص359.

(8) الشنقيطي،محمد الأمين بن محمد،(ت:1393هـ)، **أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن**،د.ط،9.م، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان،1995م، ج3،ص441.

والراجح ما ذهب إليه الشنقيطي؛ لأن الوعد،وإن كان ممقوتًا -عند الله- إلا أنه ليس من عقود المعاوضة، وإنما من عقود التبرع[1].لذا يجب إعادة النظر إلى بعض العقود المعاصرة المنتهية بالوعد بالتملك .

الفرع الثالث

حكم اقتران عقد الإجارة بشرط

اختلف العلماء في هذه المسألة على مذهبين:

1. مذهب المضيقين: وهم الظاهرية، الذين قالوا بأن كل شرط ليس في كتاب الله لا يصح،وأن الأصل في العقود والشروط الحظر[2].

وقول الرسول - صلى الله عليه وسلم -: " ما بال أقوام يشترطون شروطًا، ليست في كتاب الله، من اشترط شرطًا ليس في كتاب الله، فليس له، وأن اشترط مائة شرط"[3]، ووجه الدلالة أن هذا الحديث يبطل كل شرط ليس في كتاب الله، والعقود شروط[4].

2. مذهب الموسعين: وهم الجمهور، وأقوالهم كما يأتي:

فالحنفية: اشترطوا لصحة الشرط في العقد اقتضاء العقد له، وملاءمة الشرط له، وجريان العرف به، وقضوا بفساد شرط مخالف لذلك[5].

والمالكية: قضوا بصحة الشرط، إذا لم يؤدِ إلى محظور شرعي، أو فيه مخالفة لمقتضى العقد[6].

والشافعية: لم يبتعدوا عن المالكية، واشترطوا لصحة الشرط عدم وجود محظور شرعي فيه، وعدم مخالفته الشرع،وأن يكون له غرض[7].

والحنابلة: كل شرط صحيح، ما لم يخالف الشرع،أو مقتضى العقد[8].

وبهذا يتفق المالكية، والشافعية، والحنابلة على صحة الشرط الذي يقتضيه العقد، ولم يخالف الشرع، مع اختلافهم في العبارة، ويرى الباحث أن ما يقتضيه العقد يعتبر من لوازمه وليس من

---

(1) ابن مفلح، **المبدع شرح المقنع**،ج8،ص138.
(2) ابن حزم، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج5، ص2.
(3) سبق تخريجه،ص78
(4) ابن حزم، **المحلى**،ج6، ص466.
(5) ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**،ج2،ص384.
(6) ابن رشد،**بداية المجتهد**،ج3،ص178.
(7) الشربيني،**مغني المحتاج**، ج2،ص33.
(8) ابن قدامة،**الشرح الكبير**، ج4،ص309.

شروطه، ويبقى شرط عدم مخالفته للشرع، وهذا مما يشكل اتفاقًا بين المذاهب،حتى الحنفية الذين اشترطوا جريان العرف، والملاءمة، فالعرف الذي يخالف الشرع غير معتبر عندهم، وكذلك ملاءمة الشرط للعقد، فالشرط الذي يخالف الشرع لا ملاءمة فيه.

لذلك فالميل إلى صحة الشرط الذي لا يخالف الشرع؛ لأن الأصل في الأشياء الإباحة، ما لم يرد من الشرع دليل على الفساد،أو البطلان.

المطلب الثاني

مشروعية الإجارة التمويلية

الإجارة التمويلية من العقود التي قد تختلط مع البيع، فهي من العقود المستحدثة، وقد إختلف فيها الفقهاء المعاصرون؛وقد إختلفوا فيها على قولين.

القول الأول (القائلون بمنعها):[1] ومنهم مجمع كبار العلماء في المملكة العربية السعودية[2]، وحامد بن عبدالله العلي[3]، ومحمد الشنقيطي[4]، وأحمد حجي الكردي[5].

واستدلوا بحديث نهي رسول الله - صلى الله عليه وسلم- عن بيعتين في بيعة[6]، ووجه الدلالة أن اجتماع عقدين في عقد محرم بهذا الحديث، ومنه اجتماع البيع، والإجارة، في الإجارة التمويلية[7]، وأحيانًا تقوم الشركة المؤجرة بالاقتراض من البنك بفائدة،مما يؤدي إلى آثار سلبية منها:[8]

1. ارتفاع تكلفة العين.
2. ارتفاع قيمة الإيجار.

---

(1) محمد ،**عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات المعاصرة لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي**، ص 234.

(2) راجع: الموقع الإلكتروني على الشبكة العنكبوتية /fatwa/f29.htmhttp://www.saaid.net وراجع: محمد، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات المعاصرة لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي،ص 234.

(3) راجع: الموقع الإلكتروني على الشبكة العنكبوتية، http://www.islamway.com/bindex>php2section=anticies&articleid=210، وراجع محمد، محمد، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات المعاصرة لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي. ص237

(4) راجع: موقع الشنقيطي على الشبكة العنكبوتية، http//www.shankeety.com/zm120.btm

(5) راجع: الموقع الإلكتروني على الشبكة العنكبوتية http://www.islamic-fatwa.net/viewtopic.phb?TopicID=717#1847، وراجع: محمد، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات المعاصرة لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي، ص243.

(6) سبق تخريجه ص78

(7) ضبان،**عقد التأجير التمويلي وتطبيقاته المعاصرة**، ص62

(8) محاسنة، نسرين سلامه، **التأجير التمويلي في القانون الأردني مقارنا بالإجارة المنتهية بالتمليك وفق الفقه الإسلامي**،بحث محكم منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد32، العدد4، لسنة 2008م، ص127.

3. القيام بعمليات ربوية محرمة.

يضاف إلى ذلك أن العبرة في العقود بالمقاصد، لا بالألفاظ، والواضح أن هذا العقد ساتر للبيع، هو عقد ربوي؛ إذ إن من ضمن بنوده: إذا عجز المستأجر عن سداد قسط،فإنه يزاد عليه بالقيمة[1].

القول الثاني (المجيزون): ومنهم قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في الرياض[2] وعلي القرة داغي[3] عبدالله العمراني[4].

واستدلوا بقول الله- تبارك وتعالى -: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: 29]، وقد حصل التراضي بين المتعاقدين، وهو الاستثناء المذكور في الآية، ثم إن المتعاقدين لم يكن قصدهما التحايل، وإنما يريدان الكسب الطيب، والأصل في العقود والشروط الإباحة، ولم يرد نص على التحريم[5]، الناس في هذا الزمان بحاجة إلي مثل هذه العقود،وهي تمثل حلول غير ربوية لهم[6]، وأما المخالفات الشرعية،فإنهم لا يقولون بجوازها دون قيود،وإنما بقيود تجعل العقد صحيحًا شرعيًا[7].

ويرى الباحث أن الراجح هو القول الثاني للأسباب الآتية:

إن اشتراط عقدين في عقد لا بأس به، كما رجح الباحث، وأن حديث بيعتين في بيعة المقصود منه بيع العينة، وأن كل محظور متفق على حرمته، هو من ضوابط المنع في هذه الإجارة؛ لذلك جاء في قرار المجمع الفقهي في الإجارة المنتهية بالتملك، أما بالنسبة للفقه

---

(1) الشويات، **تفعيل نظام التأجير التمويلي في مؤسسات التمويل الإسلامية**، ص32

(2) قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي والمنعقدة في الرياض بتاريخ 2000م، الدورة الثانية عشر،قرار رقم:110، ج12، ص4.

(3) القرة داغي: علي،**الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة** (الإجارة المنتهية بالتمليك)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي،جدة،العدد الثاني عشر، ج

1،ص488.

(4) عضو هيئة التدريس في كلية الشريعة بالرياض، راجع:العمراني، **العقود المالية المركبة**، ص91.

(5)العمراني، **العقود المالية المركبة**، ص71.

(6) المصدر نفسه، ص209

(7) **قرار المجمع الفقهي بشأن الإجارة المنتهية بالتمليك**، راجع:قرارات المجمع الفقهي الإسلامي الصادر من رابطة العالم الإسلامي، ط.2،م.1، رابطة العالم الإسلامي،مكة المكرمة، د.ت.

الإسلامي المعاصر، فقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي توكيل المستأجر في شراء الأجهزة، والمعدات بشروط هي:

1. أن تكون الوكالة بعقد منفصل.
2. أن يمتلك المؤجر المواد أولاً، وقبل إبرام العقد تأكيدًا على الفصل بين عقدي الوكالة، والإجارة.

وهذا مما يحل الإشكال، فالقول الأول قال بالحرمة على إطلاقها، والأولى أن يصحح العقد بدل أن يغلق بابه؛ لشبهة تتعلق به،مع حاجة الناس الماسة لمثل هذه العقود.

المطلب الثالث

مشروعية إجارة الذمة في الإجارة المنتهية بالتمليك

إجارة الذمة في الإجارة المنتهية بالتمليك لا تجوز، قال القصار: "لأن المنفعة المعقود عليها دين في الذمة، لا يتعلق بذات معينة، بل بذمة المؤجر، ومقتضى ذلك أنه يسعه الوفاء بالتزامه، بتقديم أي عين تحتوي على المنفعة المقصودة في الذمة؛ ليستوفيها المستأجر دون أن يكون له الحق في رد العين، أو المطالبة بغيرها، ما دامت متضمنة لتلك المنفعة المثلية المعقود عليها، وهذا يقتضي جهالة العين التي يجزئ المؤجر تقديمها للمستأجر"(1)، وقال نزيه حماد: "وأما إجارة الذمة المنتهية بالتمليك، فلا سبيل إلى القول بجوازها"(2).

المطلب الرابع

الإجارة التمويلية في القانون الكويتي

القانون الكويتي يعتبر الإجارة التمويلية بيعًا بالتقسيط، ولم يخضع هذا العقد إلى أحكام الإجارة العادية،وأجاز أن يشترط البائع وقف نقل الملكية،إلى أن يتم سداد آخر قسط، وأجاز أن يحبس البائع جزءًا من الثمن؛ ليكون تعويضًا للبائع إذا فسخ العقد،وبهذا تكون تبعية الصيانة، والضمان على المشتري،وهذا ما تبينه المواد من (137) إلى (140) من القانون التجاري: "تسري أحكام البيع بالتقسيط المنصوص عليها بالمواد السابقة، ولو سمى المتعاقدان البيع

---

(1) القصار،أحمد محمد،**ضوابط الإجارة الموصوفة بالذمة وتطبيقاتها في تمويل الخدمات في المؤسسات المالية والإسلامية**، بحث مقدم لندوة البركة الثلاثون للاقتصاد الإسلامي،2009م، ص29.

(2) حماد، **قراءة جديدة في فقه المعاملات المالية والمصرفية**، ص331.

إيجارًا"[1]، ويؤيد ذلك حكم محكمة التمييز بإبطال عقدي إجارة تمويلية، واعتبار هذين العقدين بيعًا بالتقسيط[2].

والباحث يرى أن تعميم القول بأن الإجارة المنتهية بالتمليك بيع بالتقسيط،لا يتوافق مع القول الراجح من أقوال الفقهاء المعاصرين، الذين أجازوا الإجارة المنتهية بالتمليك[3]، وعلى هذا لا يجوز النظر إليها من باب أحكام البيع، وإنما من ضمن أحكام الإجارة[4].

---

(1) مجموعة التشريعات الكويتية، **(القانون التجاري)**، ج6، ص59.

(2) مركز تصنيف الأحكام القضائية، جامعة الكويت، من خلال الموقع الرسمي لجامعة الكويت kw. ccda. kuniv.edu ، راجع: الملحق رقم 4.

(3) راجع: ص78 من هذا البحث، وراجع: العمراني، **العقود المالية المركبة**، ص207.

(4) الزايد، عبد الرحمن إبراهيم، **أثر تصرفات المستأجر غير المشروعة على عقد الإجارة**، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا،الجامعة الأردنية، 2004م، ص23.

المطلب الأول

أثر العيب الطارئ قبل القبض في الإجارة التمويلية

استلام المأجور: إن أهم ما يميز عقد الإيجار التمويلي عن الإيجار العادي، هو التزام المستأجر باستلام المأجور في التأجير التمويلي،[1] في حين يعتبر الالتزام بتسليم المأجور في العقد العادي شرعًا من مسؤولية المؤجر[2].

ولا شك أن قيام المستأجر بعملية الاستلام يوفر الوقت، والجهد، والنفقات عليه، بحيث لا ينتظر إلى أن تستلم الشركة العين أولاً، والقيام بالمعاينة، والفحص للتأكد من خلوها من العيوب، مع ما يترتب على هذه الإجراءات من تكاليف، ونفقات مالية، ومن ثم يتم اختصار هذه المرحلة، وتجري المعاينة، وتدفع النفقات مرة واحدة بدل المرتين[3].

وقد دأبت عقود التأجير التمويلي على توكيل المستأجر، في استلام العين مباشرة من البائع، أو المورد،وفقًا للشروط،والمواصفات المحددة، المتفق عليها في العقد[4]، ولكن الناظر إلى هذا التوكيل يجد أنه توكيل صوري، وإلا ما وجه أن يتحمل الوكيل نفقاتِ وتبعاتِ هذا التسليم؟! فالواقع العملي لهذه العقود أن المستأجر يتحمل نفقات التسليم،ويكون مسؤولاً عن فحص العين، ويتكلف أجور،ورسوم هذا التسليم[5]، وهو مخالف للفقه الإسلامي،وإن أجاز مجمع الفقه الإسلامي توكيل المستأجر في شراء الأجهزة والمعدات، بشروط هي أن تكون الوكالة بعقد منفصل،وأن يمتلك المؤجر المواد أولاً، وقبل إبرام العقد؛ تأكيدًا على الفصل بين عقدي الوكالة والإجارة، والتوصية أن يكون الوكيل غير العميل[6]وفي هذا العقد الوكيل هو المستأجر.

فما هو أثر العيب الطارئ بعد العقد، وقبل القبض أوالتحلية ؟

---

(1) راجع ص71.

(2) الفتوى والتشريع،مجموعة التشريعات الكويتية،(**القانون المدني)**،ج4، ص156.

(3) محاسنة، **التأجير التمويلي في القانون الأردني مقارناً بالإجارة المنتهية بالتمليك وفق الفقه الإسلامي**، ص 149.

(4) شوابكة،**عقد التأجير التمويلي**، ص152.

(5) الشويات، **تفعيل نظام التأجير التمويلي**، ص51.

(6) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (1) المنعقد في عمان المملكة الأردنية الهاشمية، **مجلة الفقه الإسلامي**، الدورة الثالثة، العدد (3)، ج1، ص305.

بين الباحث في الإجارة أن أثر العيب الطارئ في هذه الحالة،هو أن للمستأجر طلب الفسخ، أو إمضاء العقد مع كامل الأجرة؛ لأنه رضي بذلك[1]، أما إذا حدث هذا العيب،وقد فرط الوكيل - الذي هو المستأجر- في فحص العين فهل يضمن؟

من المقرر في الفقه الإسلامي أن الوكيل يده يد أمانة، فلا يضمن إلا إذا فرّط أو قصّر، فإذا قصر الوكيل في فحص العين المستأجرة فإنه(أي المستأجر) يضمن ذلك[2].

المطلب الثاني

أثر العيب الطارئ بعد القبض في الإجارة التمويلية

الأصل في عقد الإجارة أن المالك ملزم شرعًا بالصيانة الأساسية، التي تشمل كل ما يتوقف عليه بقاء، وصلاح العين المؤجرة لاستيفاء المنفعة، وملزم- أيضًا- بما يتلف من العين المؤجرة التي لا دخل للمستأجر فيها[3]، فلا يضمن المستأجر إلا في حالة التعدي أو التقصير.

وقرار مجمع الفقه الإسلامي، في دورته الثالثة المنعقدة في شهر المحرم 1407، أقر المبادئ الأساسية الحاكمة لأسلوب إيجار المعدات، والأجهزة، والآليات للمشروعات الصناعية على النحو الآتي:

أولاً- إن تبعة الهلاك والتعييب تكون على البنك بصفته مالكًا للمعدات، ما لم يكن الهلاك أو التعييب بقصد أو تقصير من المستأجر؛ فتكون التبعة عندئذ عليه.

ثانيًا- إن نفقات التأمين لدى شركات التأمين الإسلامية - كلما أمكن ذلك - يتحملها البنك.

وقد أقر مجمع الفقه؛ لتكون المبادئ السابقة موضع التنفيذ أن يتم الآتي:

أ. يجوز للبنك أن يبرم عقدًا مع المستأجر، يقوم بموجبه المستأجر بصيانة العين المؤجرة، مقابل مبلغ مقطوع.

ب. لا مانع شرعًا من توكيل البنك للجهة المراد تأجير المعدات لها بإجراء التأمين على المعدات، محل الإيجار، على نفقة البنك؛ فالتأمين على العين تقع تبعيته على المالك، ولا يصح تحمل المستأجر أقساط التأمين.

---

(1) راجع:ص46من هذا البحث.
(2) الخصاونه،**عقد التأجير التمويلي**، ص172.
(3) راجع: ص38 من هذا البحث

إذا أثر العيب الطارئ بعد القبض،إذا كان بسبب من المستأجر، فإنه يضمن؛ لأن يده يد أمانة، والواجب عليه استعمال العين استعمالاً ليس فيه تعدٍ،ولا تقصير، وإنما يستعملها بحسب العرف، فإن حصل عيب،فإن عليه ضمانه، أما إذا كان هذا العيب من غير فعل المستأجر، فإن ضمانه على المؤجر، فيحق للمستأجر في هذه الحالة طلب الفسخ، أو الإمضاء بكامل الأجرة، كما رجح الباحث من قولي الفقهاء [1].

أما القانون الكويتي - وإن اعتبر أن الإجارة المنتهية بالتمليك بيع بالتقسيط- فقد ألزم المستأجر دفع الأجرة، وصيانة العين المستأجرة، وضمان هلاكها، وأعطى للبائع (المؤجر) حق حبس التصرف بالعين إلى حين سداد كامل المبلغ[2]، ويرى الباحث أن القانون انحاز انحيازًا واضحًا إلى المؤجر في هذه الحالة،ولا شك أن الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية يحقق العدالة، ويوازن بين التزامات كلٍ من المؤجر والمستأجر.

---

(1) راجع: ص47من هذا البحث.

(2) المواد (137) إلى (140)،مجموعة التشريعات الكويتية،**(القانون التجاري)**،ج6، ص58.

الفصل الرابع

أثر العيب الطارئ على إجارة الأعمال

وفيه مبحثين:

المبحث الأول:ـ الإجارة على عمل (التعريف، والمشروعية، والأحكام).

المطلب الأول:ـ تعريف الأجير.

المطلب الثاني:ـ مشروعية الإجارة على عمل.

المطلب الثالث:ـ ضمان الأجير.

المبحث الثاني:ـ أثر العيب الطارئ على إجارة الأعمال.

المطلب الأول:ـ أثر العيب الطارئ إذا كان الأجير خاصَا.

المطلب الثاني:ـ أثر العيب الطارئ إذا كان الأجير مشتركًا.

الفصل الرابع

أثر العيب الطارئ على إجارة الأعمال

المبحث الأول

الإجارة على عمل (التعريف، والمشروعية، والأحكام)

قبل الكلام عن أثر العيب الطارئ في هذه الإجارة،لا بد من أن يبين الباحث مفهوم هذه الإجارة، والأحكام المتعلقة بضمان كلا الطرفين: المؤجر والأجير.

المطلب الأول

تعريف الأجير

الأجير إما أن يكون أجيرًا خاصًا كالخادم في المنزل، أو يكون أجيرًا مشتركًا، كالحداد، والنجار، ولا يتعلق تحديد نوع الأجير بعمله، بل بالعقد المبرم بين الطرفين.

الفرع الأول

تعريف الأجير الخاص

الخاص في اللغة عكس العام، جاء في مختار الصحاح خصه بالشيء خصوصًا، وخصوصية،بضم الخاء وفتحها، والفتح أفصح، واختصه بكذا خصه به، والخاصة ضد العامة.

أما تعريف الأجير الخاص في الاصطلاح، فقد عبر عنه صاحب النتف بقوله: " فهو الذي يعمل لك وحدك دون غيرك، ويقال له أجير الواحد"(1)، وجاء في العدة شرح العمدة"الأجير الخاص الذي يؤجر نفسه مدة معلومة لخدمة أو خياطة أو رعاية شهرًا أو سنة أو أكثر"(2) وجاء في الفقه على المذاهب الأربعة: الأجير الخاص "وهو ما أجره شخص واحد؛ ليعمل له،ولا يعمل لغيره"(3)، إذًا فالأجير الخاص من يعمل للمستأجر وحده، كالخادم، والحداد، والنجار، وغيره، وهو ما يعبر عنه بالقانون بعقد العمل،حيث جاء في المادة الأولى منه:"يقصد بكلمة عامل كل ذكر أو

---

(1) السعدي، **النتف في الفتاوى**، ج2،ص561.

(2)المقدسي، عبدا لرحمن إبراهيم،(ت:624هـ)، **العدة شرح العمدة**، د.ط، م.1،دار الحديث، القاهرة، 2003م، ص299،

(3) الجزيري، **الفقه على المذاهب الأربعة**، ج3،ص312.

أنثى من العمال، والمستخدمين،يقوم بعمل يدوي، أو ذهني، مقابل أجر، تحت إشراف صاحب العمل..."[1].

ويرى الباحث أنه لا يوجد فرق بين التعريف الاصطلاحي، والقانوني للأجير الخاص، فمن يعمل لك – وحدك - فهو أجير خاص، والعقد معه مرتبط بالمدة، فإن سلم نفسه استحق الأجر[2]"، فالأجير الخاص "هو الذي تقدر منفعته بالزمن"[3]، ولا يعني هذا أن يكون المؤجر واحدًا ليكون المستأجر أجيرًا خاصًا، بل يمكن أنْ يكونوا أكثر من واحد، كأن يستأجر اثنان أو أكثر راعيًا واحدًا لهم، لمدة معينه، فإنه يعتبر أجيرًا خاصًا. جاء في حاشية ابن عابدين: "وصورة الأجير الخاص في حق الاثنين، أو الثلاثة، أن يستأجر رجلان أو ثلاثة راعيًا شهرًا ليرعى غنمًا لهما أو لهم" [4].

الفرع الثاني

تعريف الأجير المشترك

وهو الذي يعمل للمستأجر، ولغيره واستئجاره يكون على عمل، معين، كالخياط.

جاء في العدة شرح العمدة: "وهو الذي يقع العقد معه على عمل معين؛ كخياطة ثوب، أو بناء حائط، سمي مشتركًا؛ لأنه يعمل للمستأجر، وغيره"[5]، وجاء في القانون الكويتي في المادة (661): "والمقاولة عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر، مقابل عوض، دون أن يكون تابعًا له أو نائبًا عنه"[6]، وذلك كالحداد، أو النجار، الذي تتفق معه على إنجاز عمل معين، ويستحق الأجر بتسليمه.

الفرع الثالث

الفرق بين الأجير الخاص والمشترك

الأجير الخاص من يستحق الأجر بتسليم نفسه، دون العمل، ولمدة معينة، أما الأجير المشترك من يستحق الأجر بتسليم العمل، لا بتسليم نفسه،جاء في تبيين الحقائق: "قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: "الأجير المشترك القصار، والصباغ، والخياط، والصائغ، وكل من

---

(1) الفتوى والتشريع، **مجموعة التشريعات الكويتية،القانون التجاري**،يناير 2010،ج6 ص2.
(2) **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ج3، ص532.
(3) الجزيري،**الفقه على المذاهب الأربعة**، ج3، ص315.
(4) البخاري،**المحيط البرهاني**، ج7، ص569.
(5) المقدسي، **العدة شرح العمدة**،ص299،
(6) الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، **(القانون المدني)**، مرجع سابق، ج4، ص.178

يستحق الأجر لعمله دون تسليم نفسه"، ثم قال الكرخي: "الأجير الخاص من استحق الأجر بالوقت،دون العمل" [1]،ويمكن أن يقال أن الأجير الخاص من تكون منفعته مملوكة، والأجير المشترك من لا تكون منفعته مملوكة[2].

المطلب الثاني

مشروعية الإجارة على عمل

الإجارة على عمل مشروعه بالكتاب، والسنة، والإجماع، وهي ضرورية لحياة الناس

أولاً – من القرآن العظيم:

1- قال الله – تعالى- على لسان شعيب -عليه السلام-: ﴿ قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ ﴾ [القصص، 27]، قال الشافعي رحمه الله: "قد ذكر الله تعالى نبيًا من أنبيائه آجر نفسه حججًا مسماة، ملك بها بضع امرأة،فدل على جواز الإجارة"[3]، فلو لم يكن مشروعًا لما جاز لشعيب -عليه السلام- أن يستأجر موسى -عليه السلام -[4] والآية دليل على جواز عقد الإجارة على عمل.

ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ - قوله -جل وعلا-: ﴿ وَرَفَعۡنَا بَعۡضَهُمۡ فَوۡقَ بَعۡضٖ دَرَجَٰتٖ لِّيَتَّخِذَ بَعۡضُهُم بَعۡضٗا سُخۡرِيّٗاۗ ﴾[الزخرف، ٣٢]

ووجه الدلالة أن الله- تبارك وتعالى - قسم بين عبادة الأرزاق،حتى جعل الغني يحتاج إلى عمل الفقير، فيستأجره، جاء في تفسير الطبري: "ورفع هذا على هذا درجة، فهو يسخره بالعمل، يستعمله به، كما يقال: سخر فلان فلانًا"[5].

ثانيًا- من السنة النبوية:

---

(1) الشلبي، **تبيين الحقائق**، ج5، ص134.
(2) ابن عثيمين، **الشرح الممتع على زاد المستقنع**، ج10، ص77.
(3) الشافعي، **الأم**، ج4، ص26.
(4) الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج5، ص3801.
(5) الطبري، محمد بن جرير،(ت:310)، **جامع البيان في تأويل القرآن**،ط.1، 24.م، تحقيق أحمد محمد شاكر،مؤسسة الرسالة، 2000 م،ج21،ص596.

1. استئجار النبي- صلى الله عليه وسلم- هاديًا في طريق هجرته، كما جاء في صحيح البخاري عن عائشة - رضي الله عنها- قالت: "استأجر النبي- صلى الله عليه وسلم- وأبو بكر الصديق رجلاً من بني الديل، من بني عبد بن عَديّ، هاديًا خِرّيتًا"(1)، وفيه دلالة واضحة على جواز الإستئجار على عمل، وقد جاء في شرح السنة: "فمن استأجر أجيرًا؛ ليعمل له بعد ثلاثة أيام، أو بعد شهر، أو بعد سنة، جاز"(2).

2. ما رواه ابن ماجه عن عبد الله بن عمر- رضي الله عنهما-: "أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه، وأعلمه أجره "(3)، ووجه الاستدلال بالحديث،أن الأمر بإعطاء الأجر دليل صحة العقد(4).

3. روى البخاري عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي- صلى الله عليه وسلم- قال: "قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي، ثم غدر، ورجل باع حرًا، فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرًا، فاستوفى منه، ولم يعطه أجره"(5).

ثالثًا- الإجماع:

قال ابن المنذر: "وأجمعوا على إجازة الرجل إذا اكترى رجلا بالنهار، بأجر معلوم،ومدة معلومة"(6).

المطلب الثالث

ضمان الأجير

الفرع الأول

يد الأجير الخاص يد ضمان أم يد أمانة

اتفق فقهاء المذاهب على أن يده يد أمانة(7)، وهو ما ذهب إليه القانون الكويتي من أنّ يد الأجير الخاص يد أمانة، وقد أحسن المشرع الكويتي؛ لتشريعه قانونًا خاصًا بتنظيم الالتزامات

---

(1) البخاري،**صحيح البخاري**،كتاب الإجارة، ج2،ص790، حديث رقم 1145.

(2)البغوي، **شرح السنة**، ج8، ص264.

(3) رواه ابن ماجة، راجع:ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، ج2 ص817، رقم الحديث 2443، قال المناوي بعد أن ذكر عدة طرق للحديث:" وبالجملة فطرقه كلها لا تخلو من ضعيف أو متروك لكن بمجموعها يصير حسنا"، أنظر المناوي: عبد الرؤوف، **فيض القدير شرح الجامع الصغير**،ط.1، 6.م،المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1365هـ، ج1، 562.

(4) البابرتي،**العناية شرح الهداية**، دار الفكر، ج12، ص329.

(5) البخاري، **صحيح البخاري**، ج2،ص 792، باب الإجارة إلى العصر، حديث رقم 2150،

(6) ابن المنذر،**الإجماع**، ج4،ص5.

(7) المرغيناني،علي بن أبي بكر(ت:593)،**الهداية في شرح بداية المبتدي**،د.ط،4.م، (تحقيق:طلال يوسف)،دار إحياء التراث العربي.بيروت،لبنان،د.ت،ج3،ص234.وراجع:**ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ج2،

الناشئة عن العمل، غير المشروع يضم في مواده تفصيلاً، يحدد المسؤولية عن العمل غير المشروع؛ لأن المشرع أصدر قوانين متعددة،تتناول موادَّ في الإجارة على عمل؛ كقانون العمل، وعقد المقاولة، وعقد الحراسة، وقانون مكاتب الخدم وغيرها، وضمان العامل فيها واحد، وهو أنه مسؤول عن العيب الطارئ في حالة التعدي والتقصير، فكان مناسبًا أن يشرع قانونًا يشمل الكل.

جاء في قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل المشروع، في المادة [3]: "إذا أتلف أحد مال غيره، أو نقص قيمته مباشرةً، أو تسببًا، يكون ضامنًا، إذا كان في إحداثه هذا الضررَ، قد تعمد أو تعدى...."[1]، قال الزحيلي " لأن يده يد أمانة، كالوكيل، والمضارب"[2].

الفرع الثاني

الأجير المشترك: هل يده يد أمانة أم ضمان؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: إن الأجير المشترك يده يد أمانة كالأجير الخاص، وهو قول عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة، جاء في بداية المبتدي: "فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ، والقصار، والمتاع أمانة في يده فإن هلك لم يضمن شيئًا عند أبي حنيفة، وهو قول زفر، ويضمنه عندهما، إلا من شيء غالب[3]"، وجاء في المجموع "كان الشافعي رحمه الله يذهب إلى أنه لا ضمان على الأجير، ولكنه لا يفتي به لفساد الناس، والدليل عليه: أنه قبض العين لمنفعته، ومنفعة المالك، فلم يضمنه كالمضارب"[4]، وجاء في المغني "اختلفت الرواية عن أحمد في الأجير المشترك، إذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه، ولا تفريط،فروي عنه لا يضمن،نص عليه في رواية ابن منصور"[5].

ص232،وراجع:الشيرازي،**المهذب في فقه الإمام الشافعي**، ج2، ص266،وراجع: ابن قدامة، **الكافي**، ج2، ص180.

(1) الفتوى والتشريع،**مجموعة التشريعات الكويتية**، ج3، ص57.

(2) الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج5، ص3847.

(3) المرغيناني، **بداية المبتدي**، ج1،ص190.

(4) النووي، **المجموع شرح المهذب**، ج15،ص96.

(5) ابن قدامة، **المغني**،ج6، ص128.

ودليلهم:

1. قول الله – تبارك وتعالى -:" فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين"[البقرة، الآية ١٩٣]

ووجه الدلالة: إن الضمان إنما يجب عند الإعتداء، فلا يضمن المؤجر بغير إعتداء [1].

2. قوله - صلى الله عليه وسلم-: " لا يحل مال امرئٍ مسلم، إلا عن طيب نفس منه "[2]، ووجه الدلالة: هو إذا جعلناه ضامنًا، فإننا أخذنا ماله من غير سبب شرعي. [3]

3. قياسًا على الأجير الخاص، بجامع أن كليهما مأذون القبض[4].

القول الثاني: أن يده يد ضمان إلا فيما لا يمكن الاحتراز منه، وهو مذهب المالكية، قول عند الحنفية، وقول عند الحنابلة، جاء في بداية المبتدي: "ويضمنه عندهما،إلا من شيء غالب كالحريق الغالب، والعدو المكابر، وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه، وزلق الحمال، وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل، وغرق السفينة من مدها مضمون عليه"[5]، جاء في بداية المجتهد: "وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم، فإنهم اختلفوا في ذلك فقال مالك، وابن أبي ليلى، وأبو يوسف: يضمنون ما هلك عندهم"[6]،جاء في المغني: "قال أحمد - رحمة الله عليه- في رواية أبي طالب:إذا جنت يده،أو ضاع من بين متاعه ضمنه، وإن كان عدوا أو غرقًا فلا ضمان ونحو هذا "[7].

---

(1) **الموسوعة الفقية الكويتية**،ج13،ص278.

(2) أخرجه أحمد والبيهقي ،راجع: بن حنبل، **مسند الإمام أحمد**، ج34،ص299،حديث رقم(20695)، حديث عم أبي حرة الرقاشي،وراجع: البيهقي، **سنن البيهقي**،ج6،ص166،حديث رقم(11545)، باب من غصب لوحا فأدخله في سفينة أو بنى عليه جدارا، وقد صححه الألباني ،راجع:الألباني،**إرواء الغليل**،ج5،ص279،حديث رقم (1459).

(3) القرافي، **الذخيرة**،ج5،ص503.

(4) الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج6،ص 3848.

(5) المرغيناني، **بداية المبتدي**، ج1، ص190.

(6) ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**،**ج2**، ص232.

(7) ابن قدامة، **المغني**، ج6، ص128.

دليلهم:

قوله- صلى الله عليه وسلم-: "على اليد ما أخذت، حتى ترده"[1].

ووجه الدلالة: أن العامل أخذ العين، فوجب عليه ردها أو ضمانها[2]، وما روي عن علي- رضي الله عنه - أنه كان يضمن الصباغ، والصواغ، ويقول:" لا يصلح الناس إلا ذلك"[3].

الراجح:

ويرى الباحث أن الراجح هو القول الثاني؛ لقوة الأدلة، ولأن الأجير المشترك إذا تلف بيده العمل، فإنه لا يستحق الأجر، فتسقط أجرته بذلك،فكان ذهاب عمله من ضمانه،بخلاف الخاص، فإنه إذا هلك ما بيده لا يسقط أجره؛ ولأنه لا يصلح الناس إلا ذلك، جاء في المغني: " والدليل على أن عمله مضمون عليه، أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل،وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله، لم يكن له أجر فيما عمل فيه، وكان ذهاب عمله من ضمانه، بخلاف الخاص فإنه إذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة، وإن لم يعمل، وما عمل فيه من شيء، فتلف من حرزه،لم يسقط أجره بتلفه"[4].

(1) رواه أحمد وابن ماجة والترمذي والحاكم، راجع: الشيباني، أحمد بن حنبل،(ت:241هـ)، **مسند أحمد بن حنبل**،د.ط،6.م، (تحقيق:شعيب الأرنؤوط)، مؤسسة قرطبة، القاهرة،د.ت،ج5،ص12،حديث رقم(20143)، قال عنه شعيب الأرنؤوط صحيح لغيره، وراجع: ابن ماجه، **سنن ابن ماجة**، ج2،ص802 حديث رقم (2400)، باب العارية،وراجع: الترمذي،**سنن الترمذي**، ج2، ص557، حديث رقم 1266،باب ما جاء في أن العارية مؤداة، وراجع: الحاكم، **المستدرك على الصحيحين**، ج2، ص،55،حديث رقم 2302، وقال عنه "حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه".

(2) القرافي، **الذخيرة**، ج5،ص503.

(3) سبق تخريجه، ص42.

(4) ابن قدامة، **المغني**، ج6، ص117.

المبحث الثاني

أثر العيب الطارئ على إجارة الأعمال

المطلب الأول

أثر العيب الطارئ إذا كان الأجير خاصَا

الأجير الخاص يده يد أمانة فلا يضمن إلا أن يكون متعديًا، أو مقصرًا، فكيف يكون العامل مفرطًا ومتعديًا؟.

1. إذا تعدى الأجير بأن أتلف العين قصدًا ضمن[1].
2. مخافة المستأجر شرط المأجور، بأن شرط عليه – مثلا - أن يصبغ الثوب بلون معين، فصبغه بلون آخر،فإن المستأجر يضمن[2].
3. إذا أهمل عمله،كمن استأجر حارسًا،فأهمل في الحراسة فإنه يضمن ما سرق منها[3].
4. العمل غير المأذون فيه جاء في المهذب: " فإن كان التلف بتفريط،بأن استأجره ليخبز له فأسرف....،أو تركه في النار حتى احترق ضمنه؛ لأنه هلك بعدوان فلزمه الضمان"[4].
5. العرف، يرى بعض الحنفية أن العرف يمكنه أن ينقل اليد من يد أمانة إلى يد ضمان[5].
6. المصلحة، حيث يرى بعض المالكية أنها سبب لتضمين المستأجر، ووجه تضمينهم أن الناس بحاجة إلي الصناع الذي يغلب عليهم الإهمال،وسوء الحفظ [6].

خلاصة القول في هذا الفرع أن الأجير الخاص لا يضمن العيب الطارئ إلا بأحد أسباب الضمان المذكورة آنفا، أما في القانون الكويتي فقد جاء في قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل المشروع [3]:

"إذا أتلف أحد مال غيره، أو نقص قيمته مباشره، أو تسببًا يكون ضامنًا،إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد، أو تعدى...."[7]، وجاء في المادة (13): "كل ممن يجب عليه قانونًا أو اتفاقا

---

(1) الماوردي،**الحاوي الكبير**، ج7، ص1048.
(2) **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ج35، ص359.
(3) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،ج4، ص26.
(4) الشيرازي، **المهذب**،ج2، ص267.
(5) ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ص85.
(6) ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ج4، ص16.
(7) الفتوى والتشريع،**مجموعة التشريعات الكويتية**،ج3، ص57.

رقابة شخص يحتاج إلى رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره، أو بسبب حالته العقلية، أو الجسمية، يكون ملزمًا بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك "،[1]فنجد أن القانون لم يلزمه إلا إذا تعدى أو قصر.

المطلب الثاني

أثر العيب الطارئ إذا كان الأجير مشتركًا

بين الباحث فيما سبق أن الراجح من قولي الفقهاء تضمين الأجير المشترك،إلا في ما لا يمكن الاحتراز منه كالحريق، والغرق وغيرها، فما هو حكم الأخطاء الطبية كمثال عملي لهذا الأثر؟

لا شك أن تعلم الطب من فروض الكفاية، نص الفقهاء على وجوب تعلمه بما يكفي المسلمين عن غيرهم[2]، ولم يختلف الفقهاء في تضمين من عالج إنسانًا أو حيوانًا، وليس له دراية بالطب، فعاب أو مات، بل نقل الإجماع على ذلك ابن رشد[3]، ولقوله - صلى الله عليه وسلم-: "من تطبب، ولم يعلم منه طب قبل ذلك، فهو ضامن"[4].

أما إن كان حاذقًا، فتعدى فإنه يضمن، وعليه القصاص،لقوله – تعالى -: ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَـٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَـٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٧٩﴾ ﴾[البقرة: 179][5]

قال في مختصر خليل في أخذ القصاص منه: " كطبيب زاد عمدًا"[6]، أما إذا كان غير متعمد أخذ منه دية الخطأ، ومثال ذلك: أن يزيد بجرعة المخدر[7]، قال ابن قدامة: "فأما إن كان حاذقًا، وجنت يده مثل أن تجاوز قطع الختان إلى الحشفة، أو إلى بعضها، أو قطع في غير محل القطع، أو يقطع السلعة من إنسان فيتجاوزها، أو يقطع بآلة كآلة يكثر ألمها،أو في وقت لا يصلح

(1)الفتوى والتشريع،**مجموعة التشريعات الكويتية**،ج3، ص57.

(2) السيوطي، **الأشباه والنظائر**،ص375،وراجع: **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ج13، ص6.

(3) ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ج4، ص200.

(4) رواه ابن ماجه والحاكم راجع: ابن ماجه،**سنن ابن ماجه**، ج2،ص1148، حديث رقم(3466)،باب من تطبب ولم يعلم منه طب، وراجع: الحاكم، **مستدرك الحاكم**، ج4،ص236 حديث رقم (7484) وقال عنه هذا الحديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(5)السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص537.

(6) الجندي،خليل بن أحمد،(ت:776هـ)، **مختصر الخليل**،ط.1، م.1، (تحقيق:أحمد جاد)،دار الحديث، القاهرة،2005م، ص230.

(7) الشنقيطي، محمد بن محمد، **أحكام الجراحة الطبية الآثار المترتبة عليها**،د.ط،م.1، مكتبة الصحابة، جدة، الشرفية،د.ت، ص525. وأحسن الشنقيطي بتعقيبه على هذه المسألة بقوله "لذلك فإنه قل أن يوجد في الأطباء ومساعديهم من يسعى للأضرار بالناس على هذا الوجه "ص483.

القطع فيه، وأشباه هذا، ضمن فيه كله؛ لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ،فأشبه إتلاف المال"[1].

إذًا ومن خلال ما سبق يجد الباحث أن الأجير المشترك يضمن بالعمد والخطأ، وهذا ما جاء في القانون الكويتي، حيث نصت المادة (164) من قانون الجزاء الكويتي: "كل من تسبب في جرح أحد، أو إلحاق الأذى به عن غير قصد،بأن كان ذلك ناشئًا عن رعونة، أو تفريط، أو إهمال، أو عدم انتباه، أو عدم مراعاة للوائح يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، وبغرامه لا تتجاوز ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين"[2].

وجاء في المادة (168): " كل شخص تعهد في غير الحالات الاضطرارية، بإجراء عملية جراحية لشخص آخر، أو بعلاجه أو القيام بعمل مشروع،ينطوي على خطر يهدد الحياة، أو الصحة،ولم يكن عنده القدر الواجب من الخبرة الفنية، أو لم يبذل العناية الواجبة في القيام بعمله، وترتب على ذلك وفاة المجني عليه، أو إصابته بأذى يعاقب عليه، وفقا للأحكام المبينة بالمادتين (154) و(164) "[3].

ويرى الباحث من خلال نصوص القانون أن التلف إذا كان من غير تعدٍ، ولا تقصير، وهذا التلف لا يمكن الاحتراز منه، لا يضمنه الطبيب، أما إذا كان يمكن الاحتراز منه فإنه يضمن.

---

(1) ابن قدامة، **المغني**، ج6، ص133.
(2)الفتوى والتشريع،**مجموعة التشريعات الكويتية**،ج2، ص50.
(3) المصدر نفسه،ج2،ص50

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، فقد بذلت غاية الجهد في هذا البحث (أثر العيب الطارئ في عقد الإجارة)، فما كان من صواب فمن الله وما كان من خطأ فمني ومن الشيطان.

ولقد خلصت الى النتائج التالية:

1- أن قول الفقهاء بأن محل العقد في الاجارة هو العين ومنفعتها ليس من المسلمات،بل أن الأولى أن يقال محل العقد هو المنفعة ويجوز العقد عليها مستقلة اذا امكن تحديدها كتاجير خدمات الاتصال والنقل وهو ما يسهل على الناس معاملاتهم

2- أن العيب الطارئ متفق على إعتباره مخفف لقوة إلزامية العقد بين الشريعة الإسلامية، و القانون الكويتي.

3- أن العيب الطارئ يؤثر على المعقود عليه (محل العقد)، بخلاف العذر الطارئ، والذي سببه ظرفا استثنائيا، يجعل الإستمرار بالعقد أمرا مرهقا، مع بقاء المعقود عليه سليما خاليا من العيوب، مما يوضح سبب عدم إعتبار العذر الطارئ مخففا للالتزام عند الجمهور (خلافا للحنفية).

4- إن إلتزامات كلا من المؤجر والمستأجر لها دخل في تحديد ضمان العيوب الطارئه.

5- أن القول بجواز استحداث عقود جديدة بناءا على أن الأصل في العقود الإباحة، لا يعني إعفاء العاقد من إلتزاماته العقدية، فلا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر الصيانة والضمان .

6- أن القانون الكويتي خالف الفقه في مسألة جواز اشتراط الصيانة على المستأجر ويجب تعديل مواد القانون لتتوافق مع ما أتفق عليه الفقهاء من عدم جواز اشتراط الصيانة علي المستأجر.

7- أن القانون الكويتي خالف الفقه في مسألة التنفيذ العيني إذا حدث في العين المستأجرة عيب بعد العقد وقبل القبض.

8- رجح الباحث عدم جواز إعطاء المستأجر حق التنفيذ العيني جبرا على المؤجر عند حدوث عيب في العين المستأجرة بعد القبض، لأن المستأجر أعطي حق الفسخ، فمن الإجحاف أن يعطى حقوق أخرى كالتنفيذ العيني، لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه.

9- أن المصلحة سبب من أسباب الضمان، حيث يرى بعض المالكية أنها سبب لتضمين المستأجر، ووجه تضمينهم أن الناس بحاجة إلي الصناع الذي يغلب عليهم الإهمال،وسوء الحفظ.

10- للعرف دور هام في تحديد العيوب وتقديرها.

التوصيات:

1- لم يذكر القانون الكويتي تعريفا للعيب يكون جامعا مانعا، لتحديد معناه ،فيا حبذا لو ذكر ذلك كما فعلت مجلة الأحكام العدلية، لذا يوصي الباحث بضرورة تحديد معنى العيب

2- يوصي الباحث أن يتم إثراء المكتبة القانونية الكويتية بأبحاث قانونية صرفة، تجمع شتات هذا الموضوع المتناثر في مواد القانون، خاصتا وأن عقد الإجارة قد شرع لها قوانين منفردة كقانون السكن الخاص .

3- كما يوصي بأن يشرع القانون الكويتي قانونا خاصا بالإجارة التمويلية، أسوة بغيره من القوانين كالقانون الأردني والمصري.

4- كما يوصي الباحث بعمل مؤتمر علمي يجمع بين أهل العلم الشرعي والقانوني وأعضاء مجلس الأمة للتوصل إلى سن القوانين التي توافق الشريعة الإسلامية، لأن أعضاء مجلس الأمة يحتاجون إلى توضيح لموقف الشرع في كثير من المسائل الدقيقة والتي قد تخفى على بعضهم عند التصويت على القوانين .

قائمة المصادر والمراجع

الأزدي، محمد بن الحسن، (ت:321هـ)، **جمهرة اللغة**، ط.1، 3.م، (تحقيق: رمزي منير بعلبكي)، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1987م.

الأشقر، محمد سليمان الأشقر، الضوابط التي تحكم عقد صيانة الأعيان المؤجّرة، **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**، بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي.

الألباني، محمد ناصر الدين، (ت:1420هـ)، 1985م، **إرواء الغليل في تخريج منار السبيل**، ط.2، 9.م، (إشراف: زهير شاويش)، بيروت: المكتب الإسلامي.

الأنصاري، زكريا محمد، (ت: 926هـ)، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، د.ط، 4.م، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م.

البابرتي، محمد بن محمد، (ت:786)، **العناية شرح الهداية**، د.ط، 10.م، دار الفكر، د.ت.

البخاري، محمد بن إسماعيل، (ت:256)، **صحيح البخاري**، ط.3، 6.م، (تحقيق: مصطفى ديب البغا) كتاب الإجارة، دار إبن كثير، اليمامة، بيروت، 1987م.

البخاري، محمود بن أحمد، (ت: 616هـ)، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، ط.1، 9.م، (تحقيق: عبد الكريم الجندي)، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004م.

البغا، مصطفى ديب، 1999م، **أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي**، ط3، م.1، دمشق: دار القلم.

البغوي، الحسين بن مسعود، (ت:516هـ)، **شرح السنة**، ط.2، 15.م، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير شاويش)، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، 1983م.

بلعاوي، صفاء عمر، (2005)، **النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.

البهوتي، منصور بن يونس، (ت:1051هـ)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، د.ط، 6.م، دار عالم الكتب، بيروت، 1983م.

بوكماش، محمد، (2012) **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**، اطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة الحاج الخضر، الجزائر، الجزائر.

البيهقي، أحمد بن الحسين، (ت: 458هـ)، **معرفة السنن والآثار**، ط.1، 15.م، (تحقيق: عبد المنعم أمين قلعجي)، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان ودار الوعي، حلب، دمشق، 1991هـ.

الترمذي، **سنن الترمذي**، كتاب البيوع، في باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك.

ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، (ت:728)، **مجموع الفتاوى**، د.ط، 35.م، (تحقيق: عبد الرحمن محمد قاسم)، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، السعودية، 1995م.

ابن تيمية، أحمد بن عبدالحليم، (ت: 728هـ)، **القواعد النورانية**، ط.1، م.1، (تحقيق: احمد بن محمد الخليل)، دار ابن الجوزي، السعودية،1422هـ.

الجرجاني، علي بن محمد، (ت:816)، **التعريفات**، ط.1، م.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983 م.

ابن جزي، محمد بن أحمد، (ت: 741هـ)، **القوانين الفقهية**، د.ط، م.1، د.ت.

الجزيري، عبد الله بن محمد، (ت:511هـ)، **الفقه على المذاهب الأربعة**، ط.1، 5.م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003م.

الجصاص، أحمد بن علي، (ت:370هـ)، **أحكام القران**، د.ط، 5.م، (تحقيق محمد صادق)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992م.

الجمل، سليمان بن عمر، (ت:1204هـ)، **حاشية الجمل**، د.ط، 5م، دار الفكر، بيروت.

الجندي، خليل بن أحمد، (ت:776هـ)، **مختصر الخليل**، ط.1، م.1، (تحقيق:أحمد جاد)،دار الحديث، القاهرة،2005م.

الجوهري، إسماعيل بن حماد، (ت:393هـ)، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، ط.4، 6.م، دار العلم للملايين، بيروت، 1987م.

الجويني،عبدالملك بن عبدالله،(ت:478هـ)، **نهاية المطلب في دراية المذهب**،ط.1،20.م، دار المنهاج، 2007م.

الحافي، خالد عبد الله، **الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي**، ط2، م1، د.ن، 1421هـ.

الحاكم، محمد بن عبد الله، (ت: 405)، **المستدرك على الصحيحين**، ط.1، 4.م، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990م.

ابن حجر، أحمد بن علي،(ت: 852)، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، د.ط،13.م، (تحقيق:محمد فؤاد عبدالباقي)، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.

ابن حزم، علي بن أحمد، (ت:456)، **المحلى بالآثار**، د.ط، م12، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ت.

ابن حزم، علي بن أحمد،(ت: 456هـ)، **الأحكام في أصول الأحكام**، د.ط،8.م، (تحقيق: أحمد شاكر)، دار الافاق الجديدة،بيروت،د.ت.

الحطاب، محمد بن محمد، (ت: 954)، **مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل**، ط.3، 6.م، دار الفكر، بيروت، 1992م.

حماد، نزيه، (2007م)، **قراءة جديدة في فقه المعاملات المالية المعاصرة**، ط.1، م.1، دمشق: دار القلم.

الحمزاوي، محمد كمال، (2000 م)،**اقتصاديات الائتمان المصرفي**، د.ط، م.1، الإسكندرية: منشأة المعارف.

حيدر، علي حيدر خواجه، (ت:1353هـ)، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، ط. خاصة، 4.م، (تعريب المحامي فهمي الحسيني)، دار عالم الكتب، الرياض، 2003م.

الخرشي، محمد بن عبدالله،(ت: 1151هـ)،**شرح مختصر خليل**، د.ط،8.م، دار الفكر، بيروت، د.ت.

الخصاونة، صخر أحمد، (2004م)، **عقد التأجير التمويلي وآثاره في القانون الأردني**، اطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن.

الخطابي، حمد بن محمد،(ت: 388)، **معالم السنن**، ط.1، 4.م، المطبعة العلمية، حلب، 1932م.

دامار أفندي، عبد الرحمن بن أحمد بن سليمان، (ت:1078هـ)، **مجمع الأنهر بشرح ملتقى الأبحر**، د.ط، 2.م، دار إحياء التراث العربي، د.ت.

الدسوقي، محمد عرفة، (ت:1230هـ) **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، د.ط، 4.م، (تحقيق: محمد عليش) دار الفكر، بيروت.

الدمياطي، أبي بكر بن محمد،(ت:1302هـ)، **إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين**، ط.1،4.م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،1997م.

الرازي، محمد بن أبي بكر، (ت:666هـ)، **مختار الصحاح**، ط.5، م.1، (تحقيق: يوسف الشيخ محمد)، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 1999م.

ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد،(ت: 795هـ)، **جامع العلوم والحكم**،ط.7،م.1، (تحقيق: شعيب الارنؤوط، إبراهيم باجس)، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001م.

ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد، (ت:595هـ)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، د.ط، 4.م، دار الحديث، القاهرة، 2004م، ج4، ص5.

الرشيدي، محمد، (2010م)، **عقد الإجارة المنتهية بالتمليك**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن.

الرعيني، محمد بن محمد، (ت:954هـ)، **مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل**، ط.3، 6.م، دار الفكر، 1992م.

الرملي، محمد بن عباس، (ت: 1004هـ)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ط. أخيرة، 8.م، دار الفكر، بيروت، 1984م.

الرومي، أحمد بن لؤلؤ، (ت:769)، **عمدة السالك وعدة الناسك**، ط1، م1، (عني بطبعه ومراجعته: عبد الله إبراهيم الأنصاري)، الشؤون الدينية، قطر، 1982م.

الزايد، عبد الرحمن إبراهيم، (2004م)، **أثر تصرفات المستأجر غير المشروعة على عقد الإجارة**، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، (ت:1202هـ)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، د.ط، 40م، (تحقيق: مجموعة من المحققين)، دار الهداية، د.ت.

الزحيلي، وهبة مصطفى، (ت:2015)، **نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**، ط.4، م.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1985م.

الزحيلي، وهبة مصطفى، (ت:2015م)، **الفقه الإسلامي وأدلته**، د.2، م10، دار الفكر، دمشق، 1985م.

الزحيلي، وهبة مصطفى،(ت:2015م)، **أصول الفقه الإسلامي**، ط1، م2، دار الفكر، سوريا، دمشق، 1986م.

أبو زهرة، محمد أحمد، (ت:1974م)، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، د.ط، م.1، دار الفكر العربي، 1976م.

الزيلعي، عثمان بن علي، (ت:762هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، د.ط، 7م، دار الكتاب الإسلامي، 2000م.

سابق، سيد، (ت: 1420هـ)، **فقه السنة**، ط.3، م.3، دار الكتاب العربي، بيروت، 1397هـ.

السرخسي، محمد بن أبي سهل، (ت:483)، **المبسوط**، د.ط، 30م، دار المعرفة، بيروت، 1993م.

السعدي: علي بن الحسن، (ت: 461)، **النتف في الفتاوى**، ط.2، 2.م،(تحقيق: صلاح الدين الناهي)، دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، عمان، الأردن، بيروت، لبنان، 1984م.

السمرقندي، محمد بن أحمد، (ت540هـ)، **تحفة الفقهاء**، ط.2، 3.م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994م.

السيوطي: جلال الدين المحلي، (ت:911هـ)، **تفسير الجلالين**، ط.1، م.1، دار الحديث، القاهرة، د.ت، ص650.

السيوطي، مصطفى بن سعد، (ت، 1243هـ)، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، ط.2،6.م، المكتب الإسلامي، 1994م.

الشافعي، محمد بن إدريس، (ت:204)، **الأم**، د.ط، 8.م، دار المعرفة، بيروت، 1990م.

الشبيلي، يوسف عبدالله، **عقد التأجير التمويلي** دراسة فقهية مقارنة،بحث منشور بمجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد 11،جامعة الإمام محمد بن سعود،السعودية، 2011م.

الشربيني، محمد أحمد (ت:977هـ)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ط.1، 6.م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994م.

الشرقاوي، جميل، **شرح العقود المدنية**، ط.1، م1.، دار النهضة العربية، 1997م.

الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد،(ت:1393هـ)، **أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن**، د.ط،9.م، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان،1995م.

الشنقيطي، محمد بن محمد، **أحكام الجراحة الطبية الآثار المترتبة عليها**،د.ط،م.1، مكتبة الصحابة، جدة، الشرفية،د.ت.

الشوكاني، محمد بن علي، (ت: 1250هـ)، **نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار**، ط.1، 8.م، (تحقيق: عصام الدين الصبابطي)، دار الحديث، مصر،د.ت.

الشويات، محمود سليم، 2004م، **تفعيل نظام التأجير التمويلي في مؤسسات التمويل الإسلامية**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة اليرموك، إربد، الأردن،

الشيرازي، إبراهيم بن علي، (ت:476)، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، د.ط، 3.م، دار الكتب العلمية، د.ت.

صرخوه، يعقوب يوسف، (1986م)، **العقود التجارية في القانون التجاري الكويتي رقم 68 لسنة 1980**، ط.1، م.1، الكويت: مؤسسة دار الكتب.

ضبان، حنان كمال الدين، **عقد التأجير التمويلي وتطبيقاته المعاصرة**، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين.

الطبري، محمد بن جرير،(ت:310)، **جامع البيان في تأويل القرآن**،ط.1، 24.م، (تحقيق أحمد محمد شاكر)، مؤسسة الرسالة، 2000 م.

ابن عابدين، محمد بن أمين، (ت:1252هـ)، **رد المحتار على الدر المختار**، د.ط، 8.م، دار الفكر الإسلامي، بيروت، د.ت.

العامري، سعدون، (1974م)، **الوجيز في العقود المسماة عقدي البيع والإجارة**، ط. بغداد،

ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، (ت: 463هـ)، **الإستذكار لمذهب فقهاء الأمصار**، ط.1، 9.م، (تحقيق: سالم محمد عطا وعلي محمد معوض)، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م.

عبد العزيز، سمير محمد، (2000م)، **التأجير التمويلي ومدخله** (المالية، المحاسبية، الاقتصادية، التشريعية، التطبيقية)، د.ط، م.1، الإسكندرية: مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية.

عبد المنعم، محمود عبد الرحمن، **معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية**، د.ط، م.3، دار الفضيلة.

العبدري، محمد بن يوسف، (ت:897هـ)، **التاج والإكليل لمختصر الخليل**، ط1، م8، دار الكتب العلمية، 1994 م.

ابن عثيمين، **الشرح الممتع على زاد المستقنع**.

العدوي، علي بن أحمد، (ت: 1189هـ)، **كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني**، د.ط، 2.م، (تحقيق: يوسف البقاعي)، دار الفكر، بيروت، 1412هـ.

ابن العربي، محمد بن عبد الله، (ت 543هـ)، **أحكام القران**، ط.3، 4.م، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.

عليش، محمد بن أحمد، (ت:1299هـ)، **منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل**، د.ط، 9م، دار الفكر، بيروت، 1989م.

العمراني، عبدالله بن محمد، 2010م، **العقود المالية المركبة**، ط.2، م.1، الرياض: دار كنوز اشبيليا.

العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم، (ت: 558هـ)، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**،ط.1، 13.م، قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة،2000 م.

عويضات، نزار أحمد، 2003م، **أثر العذر والجائحة في عقدي البيع والإجارة وما يقابلهما في القانون المدني**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.

العينى، محمود بن أحمد بن موسى، (ت: 855هـ)، **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**، د.ط،25م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.

العيني، محمود بن أحمد، (ت:855هـ)، **البناية شرح الهداية**، ط.1، 13.م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ.

الغزالي، محمد بن محمد، (ت:505هـ)، **الوسيط في المذهب**، ط.1، 7م، (تحقيق: أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد ثامر)، دار السلام، القاهرة، 1417هـ.

الغنانيم، قذافي عزات، 2008م، **العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي**، عمان: دار النفائس.

الغيتابي، محمود بن أحمد، (ت:855هـ)، **البناية شرح الهداية**، ط.1، 13.م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000م.

ابن فارس، أحمد بن فارس، (ت:329)، **معجم مقاييس اللغة**، ط.2، 6.م، (تحقيق عبد السلام هارون)، دار الفكر، بيروت، 1979م.

الفتوى التشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، (**القانون المدني**)، ط.10، م.1، يناير2015م.

الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، (ت:817هـ)، **القاموس المحيط**، ط.8، م.1، (تحقيق مكتب تحقيق التراث بمؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي)، مؤسسة الرسالة، 2005م.

الفيومي، أحمد بن محمد بن على، (ت: 770هـ)، **المنير في غريب الشرح الكبير**، د.ط، 2.م، المكتبة العلمية، بيروت، د.ت.

القاسمي، بدر، 2009م، الإجارة الموصوفة بالذمة للخدمات غير المعينة، **مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول**.

قباني، محمد رشيد، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، **مجلة المجمع الفقهي الإسلامي**، المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني،1989م.

ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، (ت:620هـ)، **الكافي في فقه الإمام أحمد**، ط.1، 4.م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994م.

ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، (ت:620هـ)، **المغني في فقه الإمام أحمد**، ط.1، 2.م، دار الفكر، بيروت، 1405 هـ.

قرار المجمع الفقهي بشأن الإجارة المنتهية بالتمليك، راجع:قرارات المجمع الفقهي الإسلامي الصادر من رابطة العالم الإسلامي، ط.2، م.1، رابطة العالم الإسلامي،مكة المكرمة، د.ت.

قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي والمنعقدة في الرياض بتاريخ 2000م، الدورة الثانية عشر، قرار رقم:110.

قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (1) المنعقد في عمان المملكة الأردنية الهاشمية، مجلة الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة، العدد (3).

القرافي، أحمد بن إدريس، (ت:684هـ)، **الذخيرة**، ط.1، 14.م، (تحقيق: محمد بو خبزه)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994م.

القرافي، أحمد بن إدريس،(ت: 684)، **الفروق**، د.ط،4.م، عالم الكتب، د.ت،ج4، ص25.

القرة داغي، علي محيي الدين، الإجارة على المنافع، (دراسة فقهية مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون العمل)، **بحث مقدم للدورة الثامنة عشر للمجلس الأوربي للإفتاء**، يوليو، 2009م.

القرة داغي، علي، الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة (الإجارة المنتهية بالتمليك)، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، رابطة العالم الإسلامي، جدة، العدد الثاني عشر.

القرة عيني، علي محيي الدين علي، **بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة**، ط1، م1، دار البشائر الإسلامية، 2001م.

القرطبي، محمد بن أحمد، (ت:671)، **الجامع لأحكام القران**، د.ط، م20، (تحقيق هشام البخاري)، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003م.

القشيري، مسلم بن الحجاج، (ت: 261هـ)، **صحيح مسلم**، د.ط، 5.م، (تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، باب وضع الجوائح.

القصار، أحمد محمد، 2009م، ضوابط الإجارة الموصوفة بالذمة وتطبيقاتها في تمويل الخدمات في المؤسسات المالية والإسلامية، **بحث مقدم لندوة البركة الثلاثون للاقتصاد الإسلامي**،

القلاب، بسام، 2009م، **التأجير التمويلي، دراسة مقارنة**، ط.1، م.1، عمان: دار الراية.

القيرواني، خلف بن أبي القاسم، (ت: 372هـ)، **التهذيب في اختصار المدونة**، ط.1، 4.م، (تحقيق: محمد أمين)، دار البحوث والدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 2002م.

ابن القيم، محمد بن أبي بكر، (ت: 751)، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ط.1، 4.م، (تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991هـ.

الكاساني، أبو بكر بن مسعود، (ت587هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط.2، 7.م، دار الكتب العلمية، 1987م، ج4، ص173.

كامل، عمر عبد الله، **القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية**، اطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين.

ابن ماجة، محمد بن يزيد، (ت:273)، **سنن إبن ماجة**، د.ط، م2، (تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي)، دار إحياء الكتب العربية، كتاب الرهون، باب أجر الأجراء.

ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، رقم الحديث (2188).

مالك، مالك بن أنس، (ت:179)، **المدونة**، ط1، 4م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994م.

الماوردي، علي بن محمد، (ت: 450)، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، ط.1، 19.م، (تحقيق محمد علي معوض وعادل أحمد عبد الموجود)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999م.

مجاهد، أسامة أبو الحسن، **عقد التأجير التمويلي (أحكامه الخاصة مقارنة بعقد الإيجار)**، د.ط، م1، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 1999م.

مجلة القضاء والقانون، مجلة دوريه تصدر عن المكتب الفني بمحكمة التمييز، دولة الكويت، وزارة العدل عن الفترة من 1990/5/1 إلى 1991/12/31، لسنة 1966م.

مجموعة التشريعات الكويتية، **(القانون التجاري)**.

محاسنة، نسرين سلامه، التأجير التمويلي في القانون الأردني مقارنا بالإجارة المنتهية بالتمليك وفق الفقه الإسلامي، **مجلة الحقوق**، جامعة الكويت، المجلد32، العدد4، لسنة 2008م.

محمد، محمد يوسف الحاج،2003م، **قد الإجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات المعاصرة لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الإسلامية، غزة، فلسطين.

المرغيناني، علي بن أبي بكر، (ت: 593هـ)، **بداية المبتدي**، د.ط، م.1، مطبعة محمد علي صبح.

مرقس، سليمان، 1985م، **شرح القانون المدني (العقود المسماة)**، ط.4، م.1، القاهرة.

المطيرات، عادل مبارك، 2001م، **أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظرية الضرورة والظروف الطارئة**، اطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر.

المطيري، علي عوض، 2012م، **مدى إلتزام شركة الخطوط الكويتية بتطبيق المعيار المحاسبي الدولي**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن،

ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، (ت: 884)، **المبدع في شرح المقنع**، ط.1، 8.م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997م.

ابن مفلح، محمد بن مفلح، (ت:763هـ)، **الفروع**، ط.1، 11.م، د.ت.

المقدسي، عبدالرحمن إبراهيم، (ت:624هـ)، **العدة شرح العمدة**، د.ط، م1، دار الحديث، القاهرة، 2003م.

المناوي: عبد الرؤوف، **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، ط.1، 6.م،المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1365هـ.

المناوي، محمد عبد الرؤوف، 1994م، **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، د.ط، 6.م، بيروت: دار الكتب العلمية.

المناوي، محمد عبد الرؤوف،(ت: 1031)، **التيسير بشرح الجامع الصغير**، ط.3، 2.م، مكتبة الإمام الشافعي، الرياض، 1988م.

منذر قحف ومحمد محمود، 2013م، صكوك الإجارة الموصوفة بالذمة، **مجلة المجمع الفقهي الإسلامي**، المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي.

ابن المنذر، محمد بن إبراهيم،(ت:318هـ)، **الإجماع**، ط1، م1، (وثق نصوصه وعلق عليه: خالد بن محمد)، دار الآثار، القاهرة، 2004م.

ابن منظور، محمد بن أحمد بن علي، (ت: 711هـ)، **لسان العرب**، ط.3، 15.م، دار صادق، بيروت، لبنان، 1994م.

منلا علي: محمد رشيد بن على رضا،(ت: 1354هـ)، **تفسير المنار**، د.ط،12.م، الهيئة المصرية العامة للكتاب،1990م،ج6.

الموصلي، عبد الله بن محمود، (ت:683)، **الاختيار لتعليل المختار**، د.ط، 5.م، (علق عليه: محمود أبو دقيقه)، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1937م، وصورتها دار الكتب العلمية، بيروت، ج2، ص61.

ناصر، سليمان، 2002م، **تطوير صيغ التمويل قصير الأجل للبنوك الإسلامية**، ط.1، م1.، الجزائر: جمعية التراث، ص 115.

ناصيف، إلياس، 2008م، **عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي**،ط1.،م.1،منشورات الحلب الحقوقية.

ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، (ت:970هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ط.2، 8.م، دار الكتاب الإسلامي.

النسائي، **سنن النسائي**، كتاب البيوع، في باب شرط قي بيع وهو أن يقول أبيعك هذه السلعة.

نصار، محمد، 2009م، ضوابط الإجارة الموصوفة في الذمة وتطبيقاتها في تمويل الخدمات في المؤسسات المالية الإسلامية، **بحث مقدم لندوة البركة الثلاثون للاقتصاد الإسلامي**، رمضان،

النفراوي، أحمد بن غنيم، (ت:1126هـ)، **الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني**، د.ط، م.1، دار الفكر، بيروت، 1415 هـ.

النووي، يحيى بن شرف، (ت:676هـ)، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، ط.3، 12.م، ج5، (تحقيق: زهير شاويش)، المكتب الإسلامي، 1991م.

النووي، يحيى بن شرف،(ت: 676)، **منهاج الطالبين وعمدة المفتين**،ط.1، م.1، (تحقيق: عوض أحمد)،دار الفكر، بيروت،2005م.

وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ط.2، 45.م، دار السلاسل، الكويت، من 1404هـ إلى 1427هـ.

وزارة العدل، **قانون الجزاء الكويتي والقوانين المكملة له، ط1**، م1، فبراير 2011م، المادة (203).

يحيى، حسني عبد العزيز، 2000م، **الصيغ الإسلامية للاستثمار في رأس المال العامل**، اطروحة دكتوراه غير منشورة، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، عمان، الأردن.

اليعقوب، بدر جاسم، 1981م، **عقد الإيجار وفقا للقانون المدني**، ط1، م.1، الكويت: مطابع دار القبس.

المراجع الإلكترونية:

موقع الشنقيطي على الشبكة العنكبوتية، **http//www.shankeety.com/zm120.btm**

الموقع الإلكتروني على الشبكة العنكبوتية **http://www.islamic-fatwa.net/viewtopic.phb?TopicID=717#1847**،

حمد، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات المعاصرة لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي.

راجع: الموقع الإلكتروني على الشبكة العنكبوتية **http://www.saaid.net/ fatwa/f29.htm**

الموقع الإلكتروني على الشبكة العنكبوتية، **http://www.islamway.com/bindex>php2section=anticies&articleid =210**،

مركز تصنيف الأحكام القضائية، جامعة الكويت، من خلال الموقع الرسمي لجامعة الكويت **Kuniv. edu.kw. ccda** .

الملاحق

الملحق رقم (1)

بسم الله الرحمن الرحيم
باسم صاحب السمو أمير الكويت
الشيخ جابر الاحمد الصباح
محكمة الاستئناف
الدائره الايجارات

بالجلسه المنعقده علنا بالمحكمه بتاريخ ٢٤ جمادى الاخر ١٤١٧ هـ الموافق ٥/١١/١٩٩٦م
برئاسة الاستاذ المستشار / عبدالعزيز الفهد
وعضوية الاستاذين المستشارين / عبداللطيف صرى و على المطيرات
وحضور السيد / مجدى محمد على سكرتير الجلسه

صدر الحكم الاتى

فى الاستئناف المرفوع من / وكيل وزارة الماليه بصفته

ضد

١ - بدريه [redacted] ء نفسها وبصفتها وصية على كل من عبدالوهاب وجمعه ورشا وشيخه ابناء المرحوم احمد [redacted] وبصفتها وكيله عن ابنها [redacted]

٢ - راشد [redacted]

والمقيد بالجدول برقم / ٩٦/٢٧٦ ايجارات

المحكمه

بعد الاطلاع على الاوراق وسماع المرافعه والمداوله .

وحيث ان الاستئناف استوفى الشكل القانونى .

وحيث أن الوقائع على ما يبين من الحكم المستأنف ومن سائر الاوراق تتحصل فى ان المستأنف ضدهما اقاما الدعوى رقم ٩٥/٢٥٠١ ايجارات كلى حكومه على سند من انه بموجب عقد ايجار مؤرخ ٩٠/٣/٢٢ استأجر منهما المستأنف بصفته العقار الموصوف بالعقد والمكون من بنايه تحتوى على سبع شقق لقاء قيمة ايجاريه سنويه عن كامل الاعيان المؤجره مقدارها ١٨٩٠٠ د.ك اى بواقع ٢٢٥ د.ك شهريا للشقه الواحده، وقد تخلف المدعى عليه بصفته عن سداد الاجره اعتبارا من ٩١/٨/١ حتى ٩١/٦/٣٠ والبالغ مقدارها ١٧٢٢٥ د.ك وهو ما حذا بهما الى اثارة الخصومه ابتغاء الحكم بالزام

يتبع ص (٢)

نموذج إدخال بيانات الأحكام

نوع الحكم: استئناف ☐ تمييز ☐

رزمة	
وثيقة	

1421

تاريخ الحكم:

سنة	شهر	يوم
٩٦	١١	٥

رقم الدعوى (١) ٢٧٦ لسنة ١٩٩٦

(٢) لسنة

الدائرة: ايجارات

الوصف الموضوعي للحكم

الوصف الأول	الوصف الثاني	الوصف الثالث

ENTERED
19 JUL 2004

ملخص الحكم

طلب إخلاء عين مؤجرة لعدم سداد
الأجرة في مواعيدها المقررة
نظرية الظروف الطارئة.
الأجرة مقابل الانتفاع - الأدلة الشهود
دور القاضي.

(٢)

تابع الحكم في القضيه رقم ٩٦/٢٧٦ ايجارات

المدعي عليه بصفته بأن يؤدى لهما مبلغ ٧٣٢٥ د . ك والمصروفات وركن المستأنف ضدهما في اثبات دعواهما الى صوره من عقد الايجار محل التداعي يصدق بشأنه ما سلف ذكره من بيان وصورة شهادة من وزارة الماليه تفيد عدم دفع الايجار عن الفتره من ١/٨/٩٠ حتى ٣٠/٦/٩١ .

وبجلسة ١١/٢/٩٦ احالت محكمة أول درجه الدعوى للتحقيق ليثبت المستأنف ضدهما بكافة طرق الاثبات القانونيه انتفاع المستأنف بصفته باعيان النزاع خلال فترة المطالبه وتنفاذا لذلك الحكم استمعت المحكمه لاقوال شاهدي الاثبات فوزى [redacted] و فيصل [redacted] اللذين شهدا بأن وزارة الماليه مستأجره لاعيان النزاع لسكنى موظفي وزارة التربيه وان تلك الاعيان كانت مشغوله بالسكان اثناء الغزو العراقي ، ولم يشهد الحاضر عن وزارة الماليه احدا وقدم مذكره دفع فيها بسقوط الحق بالتقادم كما طلب رفض الدعوى على سند من توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئه المنصوص عليها في الماده ١٩٨ من القانون المدني .

وبجلسة ٢٣/٦/٩٦ قضت محكمة أول درجه برفض الدفع المبدى من المدعي عليه وبالزامه بأن يؤدى للمدعين مبلغ ٣٢٥ر١٢ د . ك متأخر الاجره عن الفتره من ١/٨/٩٠ حتى ٣٠/٦/٩١ والمصروفات واسست قضاءها على اسباب جاء فيها " أنه لما كان المدعيان اقاما دعواهما بتاريخ ٢٤/١٢/٩٥ بطلب الاجره المتأخره اعتبارا من ١/٨/٩٠ فانه الوهلة الاولى يكون حقهما برفع الدعوى قد سقط الا انه باستبعاد فترة الغزو العراقي على دولة الكويت وعودة الحياه الطبيعيه اليها والعمل في المحاكم اعتبارا من ١/٦/٩١ فان حقهما يكون لازال قائما كما انه لما كان من المقرر ان الاجره مقابل انتفاع وكان المدعيان قد اثبتا ان المدعي عليه انتفع بعين النزاع خلال فترة المطالبه وفق اقوال شاهدى الاثبات التي تطمئن اليها المحكمه وتعول عليهما في حكمها خاصة وان المدعي عليه وقف موقفا سلبيا في هذا الشأن ولم يحضر أي شاهد نفي او حتى قرائن في هذا المجال الامر الذى تكون معه الدعوى على اساس من الواقع والقانون ويتعين والحال كذلك اجابة المدعيين لطلبهما .

لم يلق الحكم قبولا لدى المستأنف بصفته وطعن عليه بالاستئناف الماثل بصحيفه أودعت ادارة الكتاب في ٨/٧/٩٦ بطلب الغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى واسس طعنه على سببين حاصلهما ان الحكم المستأنف اخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التسبيب والاخلال بحق الدفاع وفي بيان ذلك يقول المستأنف بصفته ان شروط نظرية الظروف الطارئه المنصوص عليها بالماده ١٩٨ من القانون

يتبع ص (٣)

(٣)

تابع الحكم في القضيه رقم ٩٦/٢٧٦ أيجارات

المدني متوافره في واقعة النزاع المعروض اذ حدث بعد تحرير العقد ظروف استثنائية عامه وهي حالة الحرب التي تمثلت في العدوان العراقي الغاشم على دولة الكويت وهو أمر لم يكن في الوسع توقعه وقد جعل هذا العدوان تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين اي وزارة الماليه المستأنفه ومن ثم يتعين رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول وذلك باعفاء الوزاره من سداد الايجار المستحق عن الفتره من ١/٨/٩٠ حتى ١/٧/٩١ تاريخ عودة الوافدين الى دولة الكويت فضلا عن عودة الحياه الطبيعيه خصوصا أن العقار المؤجر لم تكن الوزاره تنتفع به خلال فترة الغزو العراقي والاجره مقابل الانتفاع ـ ولقد تمسكت الحكومه في مذكرتها المقدمه امام محكمة اول درجه بتطبيق نظرية الظروف الطارئه ولم ترد المحكمه على هذا الدفاع الجوهري مما يعيب حكمها على نحو يستوجب الغاؤه .

وقدم الحاضر عن المستأنف ضدها الاولى مذكره طلب فيها رفض الاستئناف .

وحيث ان النعي مردود ذلك انه لا محل لتطبيق نظرية الظروف الطارئه المنصوص عليها بالماده ١٩٨ من القانون المدني بصدد النزاع الماثل لعدم توافر شروطها ذلك أنه ومع الظروف الناشئه عن الغزو العراقي لدولة الكويت فان الثابت بالاوراق ان المستأنف بصفته انتفع باعيان النزاع خلال فترة المطالبه ولم يثبت ان هناك ثمة تعرض مادي أو وقوع فعل ناجم عن الغزو حال دون انتفاعه بتلك الاعيان وبالتالي فلا يتسنى القول بأن تنفيذ التزام المستأنف بصفته بدفع الاجره خلال فترة المطالبه صار مرهقا له بحيث يهدده بخساره فادحه ومن ثم فلا محل لاعفائه منها اعتبارا بأن الاجره هي مقابل الانتفاع ، اما كان ذلك وكان الحكم المستأنف قد انتهى الى هذه النتيجه وقضى بالزام المستأنف بصفته بالاجره مقابل انتفاعه باعيان النزاع عن فترة المطالبه فانه للاسباب السائغه التي قام عليها والكافيه لحمله ولها اصلها الثابت بالاوراق يكون قد صدر صحيحا والنعي عليه غير سديد .

وحيث انه لما تقدم فان الاستئناف يكون على غير اساس ويتعين رفضه مع اعفاء المستأنف بصفته من المصروفات .

فلهــذه الاسبــاب

حكمت المحكمه بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع برفضه واعفت المستأنف بصفته من المصروفات .

سكرتير الجلســه　　　　　　　　رئيس الجلســه

س/١٢

الملحق رقم (2)

محكمة التمييز

ملحق (2)

جلسة ٤ / ١١ / ١٩٩١

برئاسة السيد المستشار محمد يوسف الرفاعى رئيس المحكمة وعضوية السادة المستشارين مغاوري شاهين ، د . سعيد عبد الماجد ، محمد فؤاد بدر ، د . عبد المنعم بركة .

(٤٣)

طعن بالتمييز رقم ٦٨ / ٩٠ تجاري

- عقد . ظروف طارئة . محكمة الموضوع « سلطتها في تقدير مدى خسارة التعاقد » .
- نظرية الظروف الطارئة . شرط إعمالها . حدوث خسارة فادحة للمتعاقد تخرج عن الحد المألوف من شأنها الاخلال باقتصاديات العقد إخلالا جسيما . معيار حساب الخسارة . تقدير مدي الخسارة . من سلطة محكمة الموضوع .

- النص في المادة ١٩٨ من القانون المدني على انه « إذا طرأت بعد العقد وقبل تمامه ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عن ابرامه وترتب عليها ان تنفيذ الالتزام الناشيء عنه وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام الى الحد المعقول بأن يضيق من مداه او يزيد في مقابلة ويقع باطلا في اتفاق على خلاف ذلك »،. يدل على أنه يشترط لأعمال نظرية الظروف الطارئة حدوث خسارة فادحة لمتعاقد تخرج عن الحد المألوف في التعامل ويكون ن شأنها الإخلال باقتصاديات العقد إخلالا جسيما معيار حساب الخسارة في هذه الحالة معيار وضوعي يتعلق بالصفقة محل التعاقد وليس ذاتيا النسبة إلى شخص المدين وظروفه » . لما كان ذلك، كان تقدير مدى الخسارة وما إذا كانت جسيمة من دمه من قبيل الواقع الذي تستقل به محكمة وضوع دون معقب عليها متى أقامت قضاءها على بباب سائغة لها أصل ثابت في الأورا ق تكفي تمله.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع المرافعة وبعد المداولة .

من حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية .

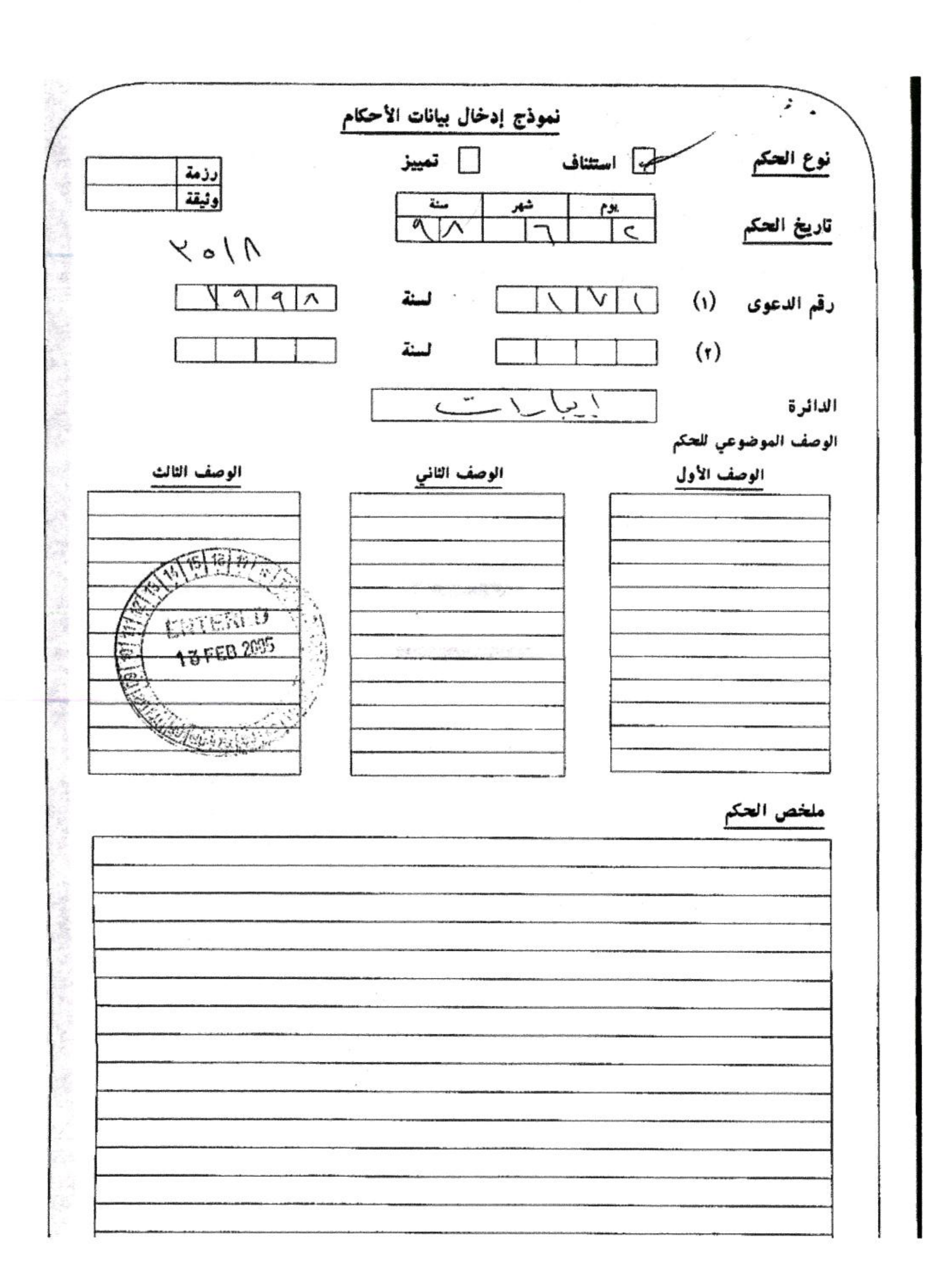
وحيث إن الوقائع — على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن الطاعنة « ..... » - أقامت الدعوى رقم ٨٨ / ٨٤ إداري على المطعون ضدها — « ..... » - بطلب الحكم بالزامها بان تؤدي إليها تعويضا مؤقتا مبلغ ١٠٠١ دينارا ، وقالت بيانا لذلك ان المطعون ضدها أسندت اليها بالعقدين المؤرخين ٢١ / ٩ / ٨١، ٥ / ٤ / ٨٢ القيام باعمال دفان ودحل وتسوية المنطقة المبينة بالصحيفة وأثناء العمل رفعت شركة البترول الوطنية أسعار المحروقات بنسبة كبيرة الحقت بالطاعنة خسارة فادحة وإذ كانت الأعمال المتعاقد عليها تعتمد على وسائل الدفان والمعدات اللازمة ويعتبر سعر الوقود عاملا أساسيا في تحديد الأسعار التي تقدمت بها الطاعنة في المناقصتين لكن المطعون ضدها رفضت تعويضها عن تلك الخسارة على أساس أحكام نظرية الظروف الطارئة ، فقد أقامت الدعوى ، ثم عدلت الطاعنة طلباتها إلى الزام المطعون ضدها بان تؤدي اليها مبلغ ١٦٩٧١٨,٦٠٥ دينارا . بتاريخ ١٨ / ٢ / ٨٥ حكمت للمحكمة بندب خبير لأداء المأموري المبينة بمنطوق الحكم وبعد أن قدم الخبير تقرير حكمت في ١٤ / ١١ / ٨٨ برفض الدعوى استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٢٩٨ / ٨٩ إدار وبتاريخ ١٦ / ١ / ٩٠ حكمت المحكمة بتأييد الحك المستأنف . طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق التمييز وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي برفض الطع وصممت على هذا الرأي بالجلسة التي تحددت لنظره .

وحيث أن الطعن أقيم على أربعة أسباب تنعي به

والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال ، وفي بيان ذلك تقول انه اخطأ فهم وتفسير وتقدير العقود والمستندات التي قدمتها إذ أنها أسست طلب التعويض على أن الأسعار للأعمال المتعاقد عليها وخاصة المحروقات طرأت عليها خلال التنفيذ زيادة لم تكن في حسبانها وألحقت بها خسارة جسيمة كما ثبت من تقرير الخبير المؤرخ ٣٠/٤/٨٧ وإذ كان ذلك وثبت أن خسارتها بلغت ١٦٩٧١٨,٦٠٥ دينارا وكان على محكمة الدرجة الأولى أن تنظر إلى مجموع الخسارة في العقدين معا لاتحاد موضوع الأعمال فيهما وكان تقرير الخبير المنتدب خلص إلى أن الطاعنة تحملت نتيجة رفع أسعار المحروقات بمبلغ ٣٩٤٣١,٢٣٠ دينارا ولو أنها عوضت عنها لبقيت رغم ذلك خاسرة لمبلغ ٤٩٠٦٥٩,٧٧٠ دينارا بما يكشف عن انه قدر جسامة خسارتها ، على أن الحكم أقام قضاءه رغم ذلك على أن هذا المبلغ الأخير لا يعول عليه في تقدير الخسارة الناشئة عن الظرف الطارىء فإن الحكم يكون معيبا بما يستوجب تمييزه .

وحيث أن هذا النعي مردود ذلك ان النص في المادة ١٩٨ من القانون المدني على أنه « إذا طرأت بعد العقد وقبل تمامه ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه وترتب عليها ان تنفيذ الالتزام الناشىء عنه وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام الى الحد المعقول بان يضيق من مداه أو يزيد في مقابله ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك . « يدل على أنه يشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة حدوث خسارة فادحة للمتعاقد تخرج عن الحد المألوف في التعامل ويكون من شأنها الاخلال باقتصاديات العقد إخلالا جسيما ومعيار حساب الخسارة في هذه الحالة معيار موضوعي يتعلق بالصفقة محل التعاقد وليس ذاتيا بالنسبة إلى شخص المدين وظروفه » . ولما كان ذلك وكان تقدير مدى الخسارة وما إذا كانت جسيمة من عدمه من قبيل الواقع الذي تستقل به محكمة الموضوع دون معقب عليها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصل ثابت في الأوراق تكفي لحمله ، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه برفض دعوى الطاعنة بعد بيانه لنظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها على ما ورد بتقريري الخبيرين المنتدبين محمولا على أسباب سائغة أخذت بها المحكمة من أن خسارة الطاعنة نتيجة رفع أسعار الوقود في العقد المؤرخ ٢١/٩/٨١ موضوع المناقصة رقم م ع م/٥/٨٢ ومبلغ ١٣٧٧٩,٥٠٠ دينارا في العقد المؤرخ ٥/٤/٨٢ موضوع المناقصة رقم م ع م/٧٢ ــ ٨٢ مبلغ ٢٥٦٥١,٦٤٠ دينارا وتبلغ نسبتها إلى قيمة كل منهما على الترتيب السابق ٢,٦٣٩٪ وط,٦٪ تقريباً وكلتا النسبتين لا تعد خسارة فادحة تختل معها اقتصاديات العقد خللا جسيما فلا تستحق الطاعنة تعويضا عنها استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة لتخلف أحد شرائطها وقد اعتنق الحكم المطعون فيه هذه الأسباب وزاد اليها انه لا يجدى الطاعنة نفعا قولها بوجوب احتساب الخسارة على أساس القيمة الاجمالية للعقدين لأن حتى مع مسايرتها في هذا النظر تبلغ نسبة الخسارة في مجموعها ٤,٢٨٪ فلا تعد من قبيل الخسارة الفادحة ليكون لها حقا في ان تعوض نتيجة رفع أسعار المحروقات ولا يغير من ذلك ان الخبير الحسابي أورى في تقريره انها لو عوضت عن خسارتها الناتجة عن رفع أسعار المحروقات والتي تبلغ ٣٩٤٣١,٢٣٠ دينارا فانها مع ذلك تبقى لديها خسارة نتيجة تنفيذ الأعمال موضوع العقدين مبلغ ٤٩٠٦٥٩,٧٧٠ دينارا لأن المناط في استحقاق التعويض بما سببه لها الظرف الطارىء المتمثل في ارتفاع الاسعار بغض النظر عن أي خسارة أخرى تحققت لأسباب غير ذلك الظرف ، ولما كانت هذه الأسباب التي قام عليها الحكم المطعون فيه سائغة ولها أصلها الثابت في الأوراق وتؤدي إلى النتيجة التي خلص إليها في نطاق السلط التقديرية للمحكمة فإن أسباب الطعن لاتعدو جد موضوعيا فيما تستقل محكمة الموضوع بسلطة التقد فيه ولا يجوز التحدي به أمام محكمة التمييز .

ولما تقدم يتعين رفض الطعن .



نموذج إدخال بيانات الأحكام

رزمة	
وثيقة	

نوع الحكم ☑ استئناف ☐ تمييز

	يوم	شهر	سنة
تاريخ الحكم	٢	٦	٩٨

٢٠١٨

رقم الدعوى (١) ١٧١ لسنة ١٩٩٨

(٢) لسنة

الدائرة إيجارات

الوصف الموضوعي للحكم

الوصف الأول

الوصف الثاني

الوصف الثالث

ملخص الحكم

بسم الله الرحمن الرحيم

باسم صاحب السمو أمير الكويت

الشيخ جابر الاحمد الصباح

محكمة الاستئناف

الدائره ايجارات اولى

بالجلسه المنعقده علنا بالمحكمه بتاريخ : ١٩٩٨/٦/٢م

برئاسة الاستاذ المستشار / عبدالعزيز الفهد

وعضوية الاستاذين المستشارين / عمر عبدالجواد - فيصل المرعاوى

وحضور السيد / فايز الهزاع سكرتير الجلسه

صدر الحكم الاتى

فى الاستئناف المرفوع من / جاسم [redacted]

ضد

[redacted]

والمقيد بالجدول برقم : ٩٨/١٧١

المحكمه

بعد الاطلاع على الاوراق ، والمرافعة ، وبعد المداولة .

وحيث إن الاستئناف قد إستوفى أوضاعه القانونية ، من ثم قبول شكلا .

وحيث إن واقعة الدعوى - على مايبين من الحكم المستأنف وسائر الاوراق - تتحصل فى أن المستأنف أقام ضد المستأنف ضدها الدعوى رقم ١٨٠٥ لسنة ١٩٩٧ إيجارات كلى ١ ضد المستأنف عليها ، إبتغاء الحكم بالزامها بمقابل إصلاح التكييف المركزى فى المسكن المؤجر له ، وتعويضه عما فاته من منفعة العين خلال المهلة التى استغرقتها إجراءات ندب خبير هندسى لتقدير تكاليف اصلاح التكييف ، وماتكبده هو من مصروفات ومنحه الإذن بإقتطاع تلك المصروفات من الاجرة الشهرية للمأجور .

وحيث إن محكمة الدرجة الاولى قد نظرت الدعوى على الوجه الثابت بالمرافعة فيها ، وبعد أن أحاطت بمستندات المستأنف ، وألمت بأوجه دفاعه والمستأنف ضدها ، أصدرت بجلسة ١٩٩٨/٤/١٨ حكمها الذى قضى فى منطوقه برفض الدعوى، وقد إستندت المحكمة فى قضائها هذا إلى أن الثابت من عقد الايجار المبرم بين الطرفين قد نص فى البند الثالث عشر منه على أن : "جميع الاصلاحات وسحب المجارى والكهرباء والماء والادوات الصحية على الطرف الثانى" وعليه يكون الملزم بالاصلاحات وحسب العقد هو الطرف

٢ - تابع الحكم في القضية رقـم ٩٨/١٧١

الثاني (المستأجر) أي المدعي ، والعقد شريعة المتعاقدين كما ان هـذا الاتفاق لا يخالف القانون والنظام العام ، اذ ان المادة ٥٧٢ من القانون المدني قد ذكرت عبارة " . . . مالم يتفق الطرفان على غيره " أي أنها تركت تحديد الملزم بالتصليحات لاتفاق المؤجر والمستأجر . أما عن طلب المدعي (المستأنف) الزام المدعى عليها (المستأنف ضدها) بأن تؤدي له مبلغ (٢٤٥) دينارا قيمة وحدة الكييف التي قام بشرائها ، فالمدعى عليها لا دخل لها في هـذا اذ ان هذه الوحده من حق المدعي وله ان يقوم بنزعها من المسكن وحملها معه بعد انتهاء العلاقة الايجارية . . وعليه تكون المدعى عليها غير ملزمة بسداد هـذا المبلغ ، اذ المـدعي هو المستفيد منها ولا تضار المدعى عليها بذلك ، وعليه يكون طلب المدعي بالزام الاخير . بسداد هـذا المبلغ قائما على غير سند متعينا القضاء برفضـه أما عن طلب المدعي الزام المدعى عليها بأن تؤدي له مبلغ (٨٠٠) دينار كتعويض عما أصاب نتيجة عدم اصلاح المدعى عليها لتكييف مسكنه الذي يستأجره فلما كانت المحكمة قد انتهت الى أن جميع الاصلاحات بالعين المستأجره على عاتق المدعي - حسب بنود عقد الايجار فعليه تكون المدعى عليها لم ترتكب ثمة خطأ حتى تعوض المدعي عنه ، ويكون هـذا الطلب من المدعي قائما على غير سند من الواقع أو القانون متعينا القضاء برفضـه .

واذ لم يرتض المدعي الخاسر في دعواه برفضها بالحكم المار ذكره ، طعن عليه باستئنافه المطروح ، وذلك بصحيفة اودعها ادارة كتاب هـذه المحكمة بتاريخ ١٩٩٨/٤/٢٩ وتم اعلانها قانونا - طلب في ختامها الحكم بقبول الاستئناف شكلا ، وفي الموضوع بالغاء الحكم المستأنف ، والحكم للمستأنف بطلباته الواردة بصحيفة الدعوى امام محكمة اول درجة والزام المستأنف ضدها المصروفات شاملة مقابل اتعاب المحاماه عن درجتي التقاضي .

وقد نعى المستأنف على الحكم المطعون فيه مخالفته القانون والخطأ في تأويله ، وفساده في الرأي والاستدلال - وقد تمثل ذلك في عدم تفريق محكمة الدرجه الاولى بين الترميمات التأجيرية البسيطة التي تقع على كاهل المستأجر ، والاصلاحات الضرورية التي يلزم بها المؤجر والتي من ضمنها اصلاح وحدات التكييف المركزي الموضوعه في العين ، وان العبارات الوارده في البند الثالث عشر صريحه واضحه لا تحمل اي لبس أو غموض ، وقد حمل الحكم المستأنف عبارات هـذا البند اكثر مما تتحمل وفسرها خلافا لارادة الطرفين غير متقص نيتهما المشتركة من مجموع وقائع العقد وظروف ابرامه ، دون الوقوف عند مجرد معاني ألفاظه أو عباراته ، ومع الاسـتهداء بطبيعة التعامل والعادات الجارية وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وعرف التعامل ، مغفلا الحكم بذلك مانصت عليه المادتين ٢/١٦٣ و ١٦٤ من القانون المدني ، وغير معتد بجميع المستندات التي قدمها المستأنف ومنها الحكم المستعجل وتقرير الخبير الهندسي الذي اكد عـدم

صلاحية وحدة التكييف المركزي الموجوده بالعين وحاجتها للصيانة والاصلاح وحيث ان المحكمة قررت حجز الدعوى للحكم لجلسة اليوم .

ومن حيث ان المقرر ان تفسير العقود واستظهار النية المشتركة للمتعاقدين هو امر تستقل به محكمة الموضوع دون معقب عليها مادام قضاؤها يستند الى أصول ثابته بالاوراق ويقوم على أسباب تحمله ولا خروج فيها على المعنى الظاهر لعبارات تلك العقود والمستندات . كما وان من المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير العقود وسائر المحررات بما تراه أوفى بمقصود العاقدين مستهدية في ذلك بوقائع الدعوى وظروفها ، وهي ملزمة بالاخذ بعبارة المتعاقدين الواضحه كما هي دون انحراف عن مؤداها الواضح الى معنى اخر لما كان ذلك وكانت محكمة الموضوع قد التزمت هذا النهج معملة مانص عليه البند الثالث عشر للعقد الناظم لعلاقة الطرفين والذي تصدر بعبارة " جميع التصلحات .... على الطرف الثاني " (المستأجر) وقد جاءت هذه العبارة مطلقة دون تخصيص في عموم وشمول واضحه الدلاله ولا لبس فيها ولا غموض ، ثم كان ان اتبعت ومعطوفا عليها سحب المجاري والكهرباء والماء والادوات الصحية وبذلك تكون تلك العبارة بائنيه الدلاله على اتجاه ارادة الطرفين الى نقل عبء الالتزام بتكاليف الاصلاحات الضرورية ومنها صيانة واصلاح أجهزة التكييف المركزي ليستقر هذا العبء على كاهل المستأنف بوصفه المستأجر .

وعليه ، واذ أعملت محكمة الموضوع مبدأ سلطات الارادة فيما تضيق ما يجيزه القانون ، فان حكمها يكون من ثم بريئا من شائبه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله والفساد في الرأى والاستدلال التي ينعاها الطاعن في نعيه ، وبذلك يكون الاستئناف على غير سند جرى القضاء برفضه .

واذ أخفق المستأنف في طعنه ، فقد لزمته مصروفاته ، عملا بالمادتين ١٤٧ ، ١٤٦ من قانون المرافعات

فلهـــــذه الاسبــــاب

حكمت المحكمة :

بقبول الاستئناف شكلا ، وفي الموضوع برفضه . والزمت المستأنف المصروفات ، ومبلغ عشرين دينارا مقابل أتعاب المحاماه .

سكرتير الجلسه

رئيس الجلسه

الملحق رقم (4)

بسم الله الرحمن الرحيم

باسم صاحب السمو أمير الكويت

الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح

محكمة التمييز

الدائرة التجارية الثانية

بالجلسة المنعقدة علنا بالمحكمة بتاريخ ٨ ربيع الأول ١٤٢٩هـ الموافق ٢٠٠٨/٣/١٦م

برئاسة السيد المستشار/ ممدوح علي السعيد رئيس الدائرة

وعضوية السادة المستشارين/ محمد أحمد رشدي و عطية النادي

و عبدالباري خضر و محمد أبو الليل

وحضور الأستاذ/ مصطفى سالمان رئيس النيابة

وحضور السيد/ عبدالخالق عبدالرحيم أمين سر الجلسة

صدر الحكم الآتي

في الطعنين بالتمييز المرفوع أولهما من: بيت التمويل [redacted]

ضـــد

١- سعود قناص [redacted] - عن نفسه وبصفته الممثل القانوني لشركة مجموعة [redacted] الخليجية للتجارة والمقاولات.

٢- قناص [redacted] - عن نفسه وبصفته كفيلاً متضامناً للأول.

والمرفوع ثانيهما من: ١- سعود قناص [redacted] - عن نفسه وبصفته الممثل القانوني لشركة مجموعة [redacted] الخليجية للتجارة والمقاولات.

٢- قناص [redacted] - عن نفسه وبصفته كفيلاً متضامناً للأول.

ضـــد

الممثل القانوني لبيت التمويل [redacted]

والمقيدين بالجدول برقمي ٤٦٧، ٤٧٦ لسنة ٢٠٠٤ تجاري/٢

R

نموذج إدخال بيانات الأحكام

رزمة	
وثيقة	

نوع الحكم: استئناف ☐ تمييز ☑

تاريخ الحكم

يوم	شهر	سنة
٦ ١	٣	٢٠٠٨

رقم التسلسل				
٩	٤	١	٤	٥

رقم الدعوى (١) ٧ ٦ ٤ لسنة ٤ ٠ ٠ ٢

(٢) ٦ ٧ ٤ لسنة ٤ ٠ ٠ ٢

الدائرة: التجاريـــــــة

الوصف الموضوعي للحكم:

- عقد "عقد الرهن" و"عقد البيع بالتقسيط" و"فسخ العقد".
- إيجار.
- أقساط.
- دين.
- تعويض.
- محكمة الموضوع "سلطتها".
- حجز "حجز تحفظي".
- تظلم.

المحكمـــــــة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع المرافعة وبعد المداولة.

حيث إن الوقائع سبق أن سردها الحكم الصادر من هذه المحكمة بتاريخ ٢٠٠٧/٢/١٨ وإليه تحيل المحكمة في بيانها اكتفاءً بموجزها الذي يتحصل في أن المستأنفين في الاستئناف رقم ٢١٦١ لسنة ٢٠٠١ تجاري سعود [redacted] عن نفسه وبصفته – وقناص [redacted] أقاما على المستأنف ضده بيت التمويل [redacted] الدعوى رقم ٧٩٧ لسنة ١٩٩٧ تجاري كلي بطلب الحكم: أولاً: ببطلان عقد الرهن المحرر بينهما والمستأنف ضده بتاريخ ١٩٩٤/٥/١٤ واعتباره كأن لم يكن ومحو تسجيله وقائمته المودعة برقم ٧٣١٧ لسنة ١٩٩٤. ثانياً: بإبطال عقدي الإيجار المؤرخين ٦/٥، ١٩٩٤/٧/٣ واعتبارهما كأن لم يكونا – وقالا بياناً للدعوى أنه ولرغبة أولهما في شراء ستة سيارات نساف وخمسة آليات إنشائية لاستخدامها في نشاط مؤسسته ولعدم مقدرته المالية على دفع ثمنها طلب من المستأنف ضده دفع ثمنها على أن يقوم هو بسداده إليه على أقساط شهرية تبدأ من تاريخ نقل ملكيتها إليه – المستأنف الأول – ووافق المذكور على ذلك وضماناً لهذا التمويل رهن المستأنف الثاني للمستأنف ضده بناية مملوكة له وتحرر عن ذلك عقد الرهن سالف البيان – وزيل بالصيغة التنفيذية أثبت به أنه ضمان للوفاء بالدين المستحق على المستأنف الأول ومقداره ثلاثمائة ألف دينار وأن هذا المبلغ باقي تسهيلات ائتمانية رغم أن الرهن تم ضماناً للقرض المذكور – وقد قام المستأنف ضده بسداد قيمة السيارات والآليات للشركة المالكة ونقل ملكيتها لإسمه هو دون اسم المستأنف الأول – وهو ما يكون معه قد تخلف عن تنفيذ التزامه بدفع مبلغ القرض المتفق عليه إليه – المستأنف الأول – ويكون التزام المستأنف الثاني مفتقراً لسببه بما يحق لهما طلب الحكم ببطلانه – وأضافا أن المستأنف ضده طالب المستأنف الأول بتسليم المعدات إليه أو تحرير عقدي إيجار صوريين بهما بصفة مؤقتة ليكون لوجودهما معه سنداً قانونياً حتى يتم نقل ملكيتهما إليه – والتزاماً منه بشرف التعامل وقع عليهما بتاريخ ٦/٥، ١٩٩٤/٧/٣ باستئجاره منه السيارات والآليات – وإذ طالب المستأنف ضده بنقل ملكية السيارات

والآليات إليه امتنع ثم فوجئنا بإنذار منه يدعي فيه أن المستأنف الأول مدين له بمبلغ ٢٣٤١٣٨,٩٦٠ دينار قيمة إيجارات مستحقة عليه غير مسددة وأن عقد الرهن تحرر ضماناً لها في حين أن هذا العقد تحرر ضماناً للوفاء بقيمة القرض الذي تم الاتفاق على أن يقدمه المستأنف ضده للمستأنف الأول - ويؤكد ذلك أن عقد الرهن حرر في تاريخ سابق على عقدي الإيجار - ولما كان عقد الرهن باطلاً لانعدام سببه وكان عقدي الإيجار صوريين مما دعاهما لإقامة دعواهما. ندبت المحكمة خبيراً وبعد أن أودع تقريره - تبين أن المستأنف ضده أقام الدعوى رقم ٢٤٢٣ لسنة ١٩٩٨ تجاري كلي بطلب الحكم بفسخ عقدي إيجار المعدات والآليات المؤرخين ٦/٥، ١٩٩٤/٧/٣ وإلزام المستأنف الأول بتسليم المعدات والآليات الموضحة وصفاً وتحديداً في ملاحق العقدين سالفي الذكر وإلزام المستأنفين متضامنين بأن يؤديا له مبلغ ١٦٩٢٩٣,٦٩٠ دينار القيمة الإيجارية المستحقة عن العقد المؤرخ ١٩٩٤/٦/٥ حتى ١٩٩٨/٧/٥ ومبلغ ٣٩٢٦٣٩,٨٦٥ دينار القيمة الإيجارية المستحقة عن العقد المؤرخ في ١٩٩٤/٧/٣ حتى ١٩٩٨/٧/٣ بخلاف ما يستجد استحقاقه حتى تمام تسليم المعدات والآليات له - كما أقام أيضاً - الدعوى رقم ٣٣٩ لسنة ١٩٩٨ ابتغاء الحكم بصحة وتثبيت الحجز التحفظي رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٩٨ الصادر بتاريخ ١٩٩٨/١٠/٦ الموقع لدى المستأنفين بداية من ١٩٩٩/٢/٨ وما بعده على سند من القول - أنهما تخلفا عن تنفيذ التزاماتهما المترتبة على عقدي الإيجار المؤرخين ٦/٥، ١٩٩٤/٧/٣ بسداد القيمة الإيجارية للسيارات والمعدات المؤجرة منه إليهما والبالغ قيمتها عن العقد الأول مبلغ ١٦٩٢٩٣,٦٩٠ دينار ومبلغ ٣٩٢٦٣٩,٨٦٥ دينار عن العقد الثاني ومن ثم فقد استصدر ضدهما من قاضي الأمور الوقتية أمر الحجز رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٩٨ بتوقيع الحجز على ما يكون لديهما وإلزام المستأنف الأول بتسليم المعدات والآليات والسيارات الموضحة بملحق العقدين سالفي البيان - كما أقام كذلك الدعوى رقم ٣١٠١ لسنة ١٩٩٨ تجاري كلي بطلب الحكم بصحة وتثبيت الحجز التحفظي رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٨ الصادر بتاريخ ٩٨/١٠/٦ والموقع لدى المستأنفين في المواعيد القانونية - تأسيساً على استصداره الأمر السالف البيان - بتوقيع الحجز التحفظي على ما يكون لهما

وحيث أنه عن المصروفات عن الدرجتين شاملة مقابل أتعاب المحاماة – فلما كان قد قضى للمستأنفين بجزء من طلباتهما فإن المحكمة تلزم المستأنف ضده بالمناسب من المصروفات عملاً بالمواد ١١٩، ١٢٠، ١٤٧ مرافعات.

وحيث أنه عن الاستئناف رقم ٢٣٧٠ لسنة ٢٠٠١ تجاري فبالنسبة لطلب المستأنف إلغاء الحكم المستأنف رقم ٧٩٧ لسنة ١٩٩٧ بشأن بطلان عقد الرهن،والقضاء مجدداً برفض الدعوى – فتشير المحكمة إلى أنها تناولت ما يطالب به المستأنف حال نظرها الاستئناف رقم ٢٣٧٣ لسنة ٢٠٠١ تجاري وخلصت فيه إلى تأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من بطلان عقد الرهن الرسمي المؤرخ ١٤/٥/١٩٩٤ ومن ثم ترفض المحكمة طلب المستأنف في هذا الشق لذات الأسباب الموضحة بالاستئناف السالف الإشارة إليه.

وحيث أنه عن طلب المستأنف تعديل المبلغ المقضي به في الحكم المستأنف في الدعوى رقم ٢٤٢٣ لسنة ١٩٩٧ تجاري كلي ليكون ١٥٨١٩٩٩,٣٠٧ دينار كويتي بدلاً من ١٣٤٧٠٩٩,٣٠٠ د.ك فتشير المحكمة إلى أنها حال نظرها للاستئناف رقم ٢١٦١ لسنة ٢٠٠١ تجاري قد انتهت إلى تعديله إلى إلزام المستأنف ضده الأول بأن يؤدي للمستأنف مبلغ ٥٧٥٨٧٤,٩٩٨ د.ك، ومن ثم تعين رفض طلب المستأنف في هذا الخصوص ويكون هذا الاستئناف على غير أساس متعيناً رفضه.

وحيث إنه عن المصروفات عن الدرجتين شاملة مقابل أتعاب المحاماة فإن المحكمة تلزم بها المستأنف وقد خسر استئنافه عملاً بالمادتين ١١٩، ١٤٧ من قانون المرافعات.

<u>لذلـــــــك</u>

حكمت المحكمة: <u>أولاً</u>: في الاستئناف رقم ٢١٦١ لسنة ٢٠٠١ تجاري بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به في الدعوى رقم ٢٤٢٣ لسنة ١٩٩٨ من إلزام المستأنف الثاني قناص سعود النمران بالمبلغ المقضي به وفيما قضى به في الدعويين رقمي ٣١٠١ لسنة ١٩٩٨، ٣٣٩ لسنة ١٩٩٩ من صحة وتثبيت الحجزين الموقعين على المذكور وبرفض

لوجودها في حيازته دون أن يخطر البنك المستأنف ضده باستلامها، أو تسليمها لإدارة التنفيذ فإنها تقدر التعويض بمبلغ ٥٧٥٨٧٤,٩٩٨ دينار كويتي بواقع مبلغ ١٤٦٤٩٨,٢٨٠د.ك عن العقد الأول ومبلغ ٤٢٩٣٧٦,٧١٨ د.ك عن العقد الثاني وذلك أخذاً بتقرير اللجنة المقدم أمام هذه المحكمة والذي اطمأنت إليه لكفاية أبحاثه وسلامة أسسه في بيان عناصر الضرر.

وحيث إنه عن طلب المستأنفين بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به في الدعويين رقمي ٣١٠١ لسنة ١٩٩٨، ٣٣٩ لسنة ١٩٩٩ من صحة وتثبيت الحجز التحفظي الموقع والقضاء مجدداً برفض الدعويين فهو في محله بالنسبة للمستأنف الثاني - الذي ثبت انتفاء صلته بالنزاع بعد القضاء ببطلان عقد رهن عقاره - وتعين تعديل الحكم المستأنف في هذا الخصوص بقصر صحة وتثبيت الحجز بالنسبة للمستأنف الأول إذ الثابت تخلف المذكور عن سداد أقساط المعدات والسيارات المبيعة إليه منذ أن تسلمها مما دعا البنك المستأنف ضده إلى استصدار أمري توقيع الحجز رقمي ٥٠٢، ١٩٩٨/٥٣٨ الصادرين بتاريخي ١٠/٦، ١٩٩٨/١٠/٢١ ووقع حجزاً تحفظياً نفاذاً لهما ومن ثم يجب قصر توقيع الحجزين على منقولات وأموال المستأنف الأول لدى الغير.

وحيث إنه عن طلب المستأنفين إلغاء الحكم المستأنف رقم ٦٠٧ لسنة ١٩٩٩ فيما قضى به من رفض التظلم موضوعاً والقضاء مجدداً لهما بإلغاء أمر الحجز التحفظي رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٩٨ وإلغاء الحجز التحفظي المتوقع في ١٩٩٩/٢/٨ نفاذاً له فإنه في محله بالنسبة للمستأنف الثاني - لما ثبت من انتفاع المستأنف الأول بالمعدات والسيارات المبيعة له الأمر الذي يستحق معه المستأنف ضده ثمن تلك الأشياء ويكون دينه قبل المستأنف الأول - حال الأداء معين المقدار وقد استوفى الحجزين شرائطهما وبالتالي يكون قضاء محكمة أول درجة برفض تظلم المستأنف الأول يكون قد جاء وفق القانون وبالتالي تعين والحال كذلك رفض الاستئناف في هذا الشق بالنسبة للمستأنف الأول وقبوله بالنسبة للمستأنف الثاني.

تلك الدعاوى قبله – وبتعديل الحكم المستأنف في الدعوى رقم ٢٤٢٣ لسنة ١٩٩٨ بالنسبة للمستأنف الأول بإلزامه بأن يؤدي للمستأنف ضده مبلغ ٥٧٥٨٧٤,٩٩٨د.ك وتأييده فيما عدا ذلك من بطلان عقد الرهن الرسمي المؤرخ ١٩٩٤/٥/١٤ واعتباره كأن لم يكن وبفسخ العقدين المؤرخين ٦/٥، ٩٤/٧/٣ وبإلزام المستأنف الأول بتسليم المعدات والآليات والسيارات المبينة تفصيلاً بملحقي العقدين – وفيما قضى به في الدعويين رقمي ٣٣٩ لسنة ١٩٩٩، ٣١٠١ لسنة ١٩٩٨ بالنسبة للمستأنف الأول وما قضى به في الدعوى رقم ٦٠٧ لسنة ٩٩ وألزمت المستأنف ضده المناسب من المصروفات وعشرين ديناراً مقابل أتعاب المحاماة.

ثانياً: في الاستئنافين رقمي ٢٣٧٠، ٢٣٧٣ لسنة ٢٠٠١ تجاري برفضهما وألزمت المستأنف فيهما المصروفات وعشرين ديناراً مقابل أتعاب المحاماة في كل منهما.

أمين سر الجلسة | رئيس الدائرة

مصطفى

IMPACT OF ACCIDENTAL DEFECT ON TENANCY CONTRACT AN APPLIED COMPARATIVE STUDY BETWEEN SHARIAH AND KUWAITI LAW

By

Fahad Hamoud Jalawi

Supervisor

Dr. Magdy Ali Ghaith

ABSTRACT

This study has addressed the impact of the accident defect on tenancy contract, an applied comparative study between Shariah and the Kuwait law, this study consisted of four chapters.

The first chapter investigated the concept of tenancy contract and its legality, pillars and types, also, investigated the tenancy concept, legality, provisions types and the related terms.

While chapter two has addressed the impact of the accidental defect on the operational tenancy, whether this accidental defect immerged from the leaser's default in his obligations or the lessee's violation of his obligations, and investigated the impact of the accidental defect on the lease in the operational lease.

Chapter three investigated the impact of the accidental defect on the lease finance and tackled the identification of the operational lease and its legality, and the impact of the accidental defect on the obligations of the lesser and the lease in the lease finance.

While chapter four has addressed the impact of the accidental defect on the works lease by identifying the works lease and legality, after that addressing the impact of the accidental defect on it whether the lease is private or public.